Gesammelte Abhandlungen

aus

dem Gebiete des gemeinen

deutschen Civilprozesses

von

Dr. Carl Bolgiano,
o. ö. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

München 1869.
Verlag der J. J. Lentner'schen Buchhandlung.
(E. Stahl.)

Vorrede.

Ich übergebe hier dem juristischen Publikum eine Sammlung meiner in verschiedenen Zeitschriften seit 1850 erschienenen civilprozessualischen Aufsätze und Abhandlungen, zum größern Theil in neuer Umarbeitung, überall aber mit Benützung der inzwischen erschienenen Literatur.

Es befinden sich darunter auch einige ganz neue Aufsätze, nämlich die an der Spitze befindlichen über die Nominatio auctoris, über den Ungehorsam, über die Nullitätsquerel und die privilegirten Einreden, ferner die Erörterung des Satzes „reprobatio reprobationis, non datur" in der IX. Abhandlung. Jede dieser Abhandlungen enthält entweder neue Lehrsätze, oder eine Vertheidigung der hergebrachten Ansicht gegen neuere Angriffe. Nur bei der Collision der Beweise habe ich mir im Laufe der Zeiten einige „Wandlungen" erlaubt, die jedoch nicht als Einräumung gegnerischer Einwürfe, sondern vielmehr als Selbstwiderlegung erscheinen. Hiemit will ich aber durchaus nicht angedeutet haben, daß es meiner Theorie an schlagfertigen Widersachern gefehlt habe, da ich gar wohl weiß, daß die juristische Welt andere Sorgen hat, als die Bekämpfung scholastischer und mathematischer Lehrsätze aus dem Gebiet der Beweisführung im bürgerlichen Gerichtsverfahren. Die „Metaphysik des Civilprozesses", worüber einstens Almendingen

geschrieben, gehört ja — man hat es mir oft genug gesagt — zu den längst überwundenen Standpunkten *). —

Anmerkung. *) Früher gereichte es freilich einem Juristen zum großen Lobe, wenn ihn die strenge mathematische Methode fesselte und schulte. (Vgl. z. B. Kluckhohe's Biographie des Frhr. v. Ickstatt in der Beilage zur Allg. Zeitung vom 12. September 1868 S. 3886). Und selbst in neuerer Zeit lehrte noch Savigny: die Kunst des Rechtsgelehrten bestehe darin, mit Rechtsbegriffen zu rechnen. (Vgl. v. Seuffert's Handbuch des deutschen Civilprozesses Bd. I. Einleitung § 2 a. E.) Heutzutage aber, wo die neue Gesetzgebung auch im Gebiet des Civilprozesses ante portas steht, scheint das freilich zu den überwundenen Standpunkten zu gehören. Möchte man nicht auch hier das Kind mit dem Bade ausschütten, möchte man vielmehr Plank's Worte beherzigen, der die alten Beweisregeln mit der Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie nicht ohne Weiteres für aufgehoben, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung für verändert hält. „Sie sollen nur aus der Gesetzgebung verschwinden, nicht aber aus der Doktrin und Praxis, denn in ihnen liegt ein reicher Schatz von Erfahrungen." (S. v. Pözl's Zeitschrift, Jahrgang 1862 S. 251.)

München, den 1. Oktober 1868.

Dr. C. Volgiano.

Inhalts-Verzeichniß.

Anhang.

Gesammelte Abhandlungen

aus

dem Gebiete des gemeinen

deutschen Civilprozesses.

I. Abhandlung.

Zur Lehre von der Nominatio auctoris.

Die Lehre von der Benennung des Auctors wurde in neuerer Zeit durch die Forschungen von Dr. Kori (im Archiv Bd. 27 nr. 13), von Dr. Flach und Dr. Emminghaus (in v. Linde's Zeitschrift Bd. 17 Nr. 3 ff. u. Bd. 18, S. 447 ff.), sowie durch die scharfsinnigen Ausführungen Wetzells (im System 2. Aufl. S. 43 ff.) besonders über das Verhältniß der Nomination zur Streitverkündigung und ihrer Entwicklung aus dieser — sehr bereichert. Es sind hiedurch manche alte Irrthümer beseitigt[1]), aber doch nicht alle Seiten unserer Materie aufgedeckt worden[2]), wie aus dem Folgenden hervorgehen wird.

[1]) Die weitverbreitete Meinung, z. B., daß die Unterlassung der Nomination die oblatio liti zur Folge habe, daß also dann der Beklagte als fictus possessor anzusehen ist (eine Ansicht, welche von Danz, Gönner, Glück, Grolmann, Martin, Schmid und vielen Andern vertreten wurde), hat bereits Morstadt in seinem Civilprozeßschlüßel S. 108 bekämpft und Emmighaus a. a. O. eingehend widerlegt. Aber auch Morstadts Behauptung, die Wirkung der unterbliebenen Nomination beschränke sich auf den Verlust der allenfallsigen Eviktionsansprüche an den Auctor, sowie auf den Eintritt der Regreßklage des Auctor, wurde von Emminghaus als unstichhaltig dargestellt, weil der Beklagte die unterlassene Nomination durch zeitige Streitverkündigung ersetzen und hiedurch sowohl seinen Eviktionsanspruch aufrechterhalten, als die drohende Schadensersatzklage abwenden kann, andrerseits aber der Auctor durch freiwillige Intervention seine Rechte wahren, und hiedurch den genannten Nachtheilen, welche den Beklagten außerdem treffen würden, vorbeugen kann.

[2]) Auch das jüngst erschienene ausgezeichnete Lehrbuch von Renaud schweigt über die hier aufgeworfenen die Nomination betr. Fragen. S. jedoch die Noten 3 und 9.

I.

Was zunächst die prozeßuale Natur der exceptio nominationis betrifft, so ist man jetzt darüber einig, daß sie eine Einwendung sei, worüber weder den Kläger, noch den Beklagten die Beweislast trifft, ein Punkt, der früher äußerst bestritten, aber hauptsächlich durch die Abhandlungen von Flach und Emminghaus a. a. O. bereinigt worden ist. Während aber Flach, v. Bayer und die meisten andern Rechtslehrer unsere Einwendung eine Einrede nennen, die nur das Eigenthümliche habe, daß sie der Beklagte nicht zu beweisen brauche, während sie Martin in den Vorlesungen II, S. 433, Schmid im Handbuch I S. 173 und Osterloh im Lehrbuch S. 541 zu den prozeßhindernden Einreden zählen, welche den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Eventualhandlung befreien, behauptet Emminghaus mit Recht, daß die exceptio nominationis überhaupt keine Einrede[3]) sei, und also auch keine dilatorische und prozeßhindernde sein könne, weil der Nominant unter dem Schutz und Beifall der Gesetze erklärt, keine Partei beim Streit ergreifen zu wollen, weil er somit jede Betheiligung am Streit ablehnt, und deßhalb weder litem zu contestiren, noch Einreden irgend einer Art vorzutragen nöthig hat. Soweit Emminghaus in Linde's Zeitschrift. Und in der That paßt auch unsere Einwendung, die exceptio nominationis ebensowenig in die Klasse der dilatorischen, als der peremtorischen Einreden.

a) Ihrer Stellung und ihrem Platz nach scheint sie freilich zu den dilatorischen und zwar zu den prozeßhindernden Einreden zu gehören, indem sie nicht bloß der Streiteinlassung, sondern auch den andern Einwendungen, welche vor der L. C. stehen, ja selbst den forideclinatorien vorgeht und folglich den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Eventualhandlung befreien muß, da ja die gerichtsablehnenden Einreden diese Wirkung haben. Allein dessen ungeachtet zeigt

---

[3]) Das sagt auch Renaud im Lehrbuch S. 113, Note 6 Nr. 1 u. 2, ohne jedoch einen Gewährsmann anzugeben, ohne Motive hiefür anzuführen.

sich zwischen unserer Einwendung und allen übrigen Dilatorien ein bedeutender Unterschied. Während nämlich bei den dilatorischen und selbst bei den gerichtsablehnenden Einreden die eventuelle Einlassung empfehlenswerth und zweckmäßig ist, erscheint diese bei der exceptio nominationis als völlig überflüssig, denn es wird hier gar nicht untersucht, ob die Einrede begründet ist, oder nicht, es finden hierüber gar keine Verhandlungen statt.[4])

b) Ihrer Stellung und Wirkung nach erscheint die exceptio nominationis als eine dilatorische Einrede. Ihrer innern Natur und Wesenheit nach ist aber unsere Einwendung nicht dilatorischer, sondern peremtorischer Art, denn der Beklagte will hiedurch die Klage nicht vorderhand, sondern für immer von sich abwenden, er will ja durch sie aus dem Streit gesetzt werden.

Dessenungeachtet unterscheidet sich unsere Einwendung auch von den peremtorischen Einreden, und zwar nicht bloß hinsichtlich der Stellung und Wirkungen. Bei den peremtorischen Einreden bittet nämlich der Beklagte um Entbindung von der Klage und ist zum Beweise verpflichtet. Bei der Nomination kömmt es aber weder zur Beweisauflage, noch zur Klagsentbindung, vielmehr wird der Beklagte durch die Vorladung des Nominaten, also ohne Urtheil aus dem Streit gesetzt.[5])

Nach allen diesen Beziehungen unterscheidet sich also unsere exceptio nominationis von den dilatorischen sowohl, als peremtorischen Einreden und kann daher weder zur einen noch anderen Kategorie gerechnet werden.

---

[4]) Mit Recht sagt Wetzell S. 45, Note 42:

„Eine Verhandlung über die Voraussetzungen der Nomination zu fordern, ist zwar consequent, wenn man jene Rechtswohlthat für eine Einrede hält, hat aber bei denen, welche diesen Irrthum nicht theilen, wie bei Heffter System S. 502, keinen Sinn."

[5]) Da nämlich der Nominant jede Betheiligung am Streit ablehnt, da ferner über die Stichhaltigkeit der exceptio nominationis keine Verhandlungen gepflogen werden, so ergeht auch kein Urtheil wider den Beklagten, vielmehr wird statt dessen der Nominat sofort durch das Gericht vorgeladen. —

II.

Ueber das Verhältniß der Constitution Kaiser Constantins, der c. 2. Cod. (3. 19.), der Quelle der Nomination zum früheren Recht, möchte ich Folgendes bemerken:

Nach Pandektenrecht steht soviel fest, daß der faktische Besitzer der rechte Beklagte ist. Der Kläger hat zur Herstellung seiner Passivlegitimation bloß darzuthun, daß das Streitobjekt in der Detention des Beklagten ist. Er braucht dagegen den juristischen Besitz desselben nicht zu beweisen.[6]) — Auch das ist meines Erachtens nicht zu bezweifeln, daß der Kläger, wenn der Gegner erklärte, er sei bloß Naturalbesitzer und seinen auctor nannte, sofort an diesen gehen konnte.

Bestritten dagegen ist es, ob die rei vindicatio mit Wirksamkeit gegen den Naturalbesitzer angestellt werden konnte, ob sich also der Beklagte durch den Beweis der Einrede, er sei bloßer Naturalbesitzer, aus den Streit ziehen konnte.

Die letztere Frage verneinen Mittermaier, Sintenis, Linde, Göschen, Arndt's und Vangerow, während sie Glück, Gesterding und Martin mit Recht bejahen, und also der dem Beklagten günstigeren Ansicht huldigen. Emminghaus, welcher den letztern in jüngster Zeit beigetreten, hat in Linde's Zeitschrift Bd. 18, S. 427 ff. die Vorzüge derselben überzeugend dargethan.

Die Reform, welche Kaiser Constantin in der c 2 Cod. (3. 19) gemacht hat, besteht nun darin, daß er die Nominatio auctoris als ein ganz neues Prozeßinstitut ge-

[6]) Flach a. a. O. sagt freilich, dem Kläger sei es unmöglich, diesen Beweis zu führen; denn Alles komme hiebei auf den animus possidendi, also auf ein factum internum an. Wenn nun der Beklagte erklärt, er habe diesen animus nicht, wie könne der Gegner ihm beweisen, daß er ihn doch habe?! —

Dagegen erlaube ich mir aber zu bemerken, daß dieser Beweis ganz leicht dadurch geführt werden kann, daß Kläger darthut, sein Gegner habe kürzlich über die Sache in irgend einer Weise verfügt, durch Verpachtung, Verleihung 2c. Wer über die Sache, wie der Eigenthümer, disponirt von dem muß doch wohl insolange angenommen werden, daß er juristischer Besitzer ist, donec probetur contrarium. S. auch die Note 12.

schaffen hat, welches sich vom früheren Rechte in folgenden Punkten unterscheidet:

1) Früherhin brauchte der mit einer dinglichen Klage Belangte, wenn er bloß Detentor war, seinen Auctor nicht zu benennen, mußte aber beweisen, daß er nur Naturalbesitzer sei, wenn er vom Streit loskommen wollte.[7]) Jetzt braucht er Nichts zu beweisen, muß jedoch seinen Auctor, den juristischen Besitzer, angeben.

2) Sonst mußte der Kläger, wenn er die Sache bekommen wollte, sein Eigenthum beweisen. Jetzt tritt, bleibt

[7]) Freilich sagt Flach a. a. O., auf Seite des Beklagten sei die Beweisauflage geradezu überflüssig; wer erklärt, daß er den animus domini nicht habe, der hat ihn auch nicht, wozu also noch ein Beweisverfahren hierüber? — Allein hierin scheint mir Flach viel zu weit zu gehen, ja geradezu im Irrthum zu sein. Zwar behandelt er die Frage nach der Beweislast nicht bezüglich des ältern, sondern hinsichtlich des neueren Rechts, d. h. der exceptio nominationis, und diese bedarf auch keines Beweises, nur nicht aus dem oben angeführten von Flach behaupteten Grunde, sondern wegen des Wortlautes der Constitution und ihres präsumtiven legislativen Zweckes. (Die Nomination wurde ja im Interesse des Beklagten eingeführt, und auch der Kläger hat gar kein Interesse mehr, diesen Beweis zu verlangen, weil er in den Besitz gesetzt wird, wenn der Nominat ausbleibt.) — Unnöthig und also überflüssig ist aber nach Pandektenrecht der Beweis der bloßen Detention gewiß nicht. Denn einmal könnte dann der Kläger den Eigenthumsstreit gar nicht ausfechten, weil er zuletzt keinen Gegner hätte, da jeder von ihm Belangte erklären kann, er sei nicht juristischer Besitzer. Folgt man daher der Flach'schen Auffassung, so muß man auf dem Standpunkt des Pandektenrechts der Meinung Mittermaiers und Consorten beitreten, daß die rei vindicatio auch gegen den Naturalbesitzer mit Wirksamkeit angestellt werden kann, daß also dieser in jeder Beziehung der rechte Beklagte ist. Abgesehen hievon kann aber der Beklagte, wenn gleich zur Aufgebung des juristischen Besitzes die Aenderung seines animus hinreicht, diese Aenderung bloß simulirt haben, um die Klage von sich abzuwenden und Zeit zu gewinnen. Behauptet daher z. B. der Käufer, sein auctor, der angebliche Verkäufer, habe ihm die Sache nur geliehen, oder er habe sie dem Verkäufer nachträglich geschenkt und sich das Commodat daran vorbehalten, — so muß er die Wahrheit dieses Vorgebens beweisen. Denn dadurch, daß er vorgibt, er sei bloßer Naturalbesitzer, ist er es noch nicht, wenigstens nicht für den entscheidenden Richter; dadurch, daß er behauptet, er habe den animus domini aufgegeben, hat er ihn noch nicht wirklich aufgegeben, der beschenkte Verkäufer muß doch von dieser Schenkung erfahren und dieselbe angenommen haben, sonst liegt ja eine reine Simulation vor.

der Nominat aus, oder erklärt er, die Sache gehe ihn nichts an, das in der c. 2 Cod. (3. 19) angeordnete Verfahren mit der translatio possess. an den Kläger ein.

3) Früher erfolgte, wenn der Beklagte seinen Auctor nannte, immer ein Urtheil; jetzt ergeht ein solches im Prozeß zwischen dem Kläger und Nominanten nur dann, wenn der vorgeladene Nominat ausbleibt, oder erklärt, die Sache gehe ihn nichts an. Endlich

4) Früher hatte die Nominatio auctoris nur mit Einwilligung des Klägers den Erfolg, daß der Nominat sofort aus dem Streit gesetzt wurde. Diese Wirkung trat also nur dann ein, wenn Kläger den Nominanten freiwillig fahren ließ und sich an den Nominaten wandte. Jetzt ist sie von der Einwilligung des Klägers völlig unabhängig. Sowie der Beklagte auctorem nominirt, wird der Nominat sofort durch das Gericht vorgeladen, der Beklagte ist daher durch die Benennung seines Auctors von jeder weitern Vertheidigung, sowie von jedem Nachweis, daß er bloßer Detentor, oder daß sein Auctor juristischer Besitzer sei, entbunden.

In diesen 4 Hauptpunkten unterscheidet sich nach meinem Dafürhalten das neue vom alten Recht, so verhält sich die Constitution Constantins zum Pandektenrecht.

Wenn daher der Beklagte erklären würde, er sei bloßer Naturalbesitzer, aber seinen Auctor nicht nennen könnte oder wollte (ein Fall, der freilich kaum einmal vorkommen wird), so müßte, wie zur Zeit des Pandektenrechts, er der Beweis führen, daß er bloßer Naturalbesitzer sei (s. die Note 7).

III.

Was das Verfahren im Fall der Nomination betrifft, so können sich meines Erachtens folgende Fälle ergeben.[8])

1) Will sich der Kläger, ungeachtet der Nomination, nicht an den Nominaten wenden, in der Ueberzeugung, daß der von ihm belangte Besitzer der Sache auch der juristische Besitzer sei, so muß er das natürlich beweisen. (Nach Pandekten-

---

[8]) Nur den Fall sub Nr. 3 lit. a erwähnen die Autoren. Seuffert allein bespricht auch den sub. Nr. 3, lit. b.

recht war das freilich nicht nothwendig, aber damals bestand ja die Nominatio auctoris noch nicht!)

Nach bayerischem Recht, welches den Kläger im Falle der Nomination zur Klagestellung wider den Nominaten anweist, kann ersterer diesen Weg ohne Anstand einschlagen (vgl. Seufferts Commentar II, S. 312, Nr. 5, 2. Aufl. S. 412 Nr. 5.) Nach gemeinem Recht kann es aber in der Regel nicht wohl dazu kommen, weil hier der Nominat ohne vorläufiges Gehör des Klägers sofort vom Richter vorgeladen wird. Nur dann kann jener Fall eintreten, wenn der Kläger gegen die Vorladung des Nominaten protestiren würde, sei es nun eventualiter schon in der Klage, oder auf Benachrichtigung von Seite des Richters.

2) Wenn der Nominat auf die Vorladung erscheint und erklärt, daß er ebensowenig den juristischen Besitz habe, wie Nominant, daß vielmehr X der juristische Besitzer sei, so muß natürlich dieser X vorgeladen und dessen Erklärung abgewartet werden.

3) Wenn aber der Nominat ausbleibt, oder erklärt, die Sache gehe ihn nichts an, so kann Kläger:

a) Die in Constantins Verordnung vorgeschriebene translatio posses. verlangen,[9]) wenn er anders seinen Anspruch zu bescheinigen vermag [10])

---

[9]) Wetzell lehrt (S. 45, Note 44) das Verfahren nach Constantins Verordnung könne heutzutage keine Anwendung mehr finden, da die Folge der contumacia nicht mehr, wie das Römische Recht bei dergleichen Klagen annahm, in der translatio posses., sondern im einseitigen Beweis des Klagerechts besteht. Wetzell steht mit dieser Behauptung meines Wissens so ziemlich allein da. Auch Renaud, der neueste Schriftsteller, mißbilligt dieselbe (in seinem Lehrbuch S. 113, Note 10) und wirft ihm Inkonsequenz vor, weil der auctor nominatus nicht Verklagter ist. Ich kann dieser Ansicht ebensowenig beitreten, schon aus dem Grunde nicht, weil ein späteres allgemeines Gesetz einem früheren speziellen nicht derogiren kann. Hat gleich der J. R. A. die Missio in bona als regelmäßige Contumazialfolge abgeschafft, so besteht sie doch für den singulären Fall der nominatio auctoris und des hiefür von Constantin angeordneten Verfahrens noch fort. Auch die bayer. G. O. hat die Missio in bona als Ungehorsamsfolge nicht aufgenommen, gleichwohl aber die translatio poss. im Fall der Nomination angeordnet. (vgl. c 8 §. 2 nr. 3 u. 4.)

[10]) Nach Seufferts prakt. Pandektenrecht §. 49 und Osterloh's

Kläger kann aber auch, da er mit der rei vindicatio aufgetreten war

b) den Eigenthumsstreit gegen den ausgebliebenen Nominaten in contumaciam fortsetzen[11]), wenn er sich mit der translatio posses. nicht begnügen, vielmehr als Eigenthümer erklärt werden will. Nur muß er dann selbstverständlich sein Eigenthumsrecht nicht bloß bescheinigen, sondern nachweisen und noch außerdem den jur. Besitz des Beklagten darthun. Endlich kann aber der Kläger auch (was für ihn ungleich vortheilhafter sein wird):

c) den Vindikationsprozeß gegen den ursprünglichen Beklagten und Nominanten wieder aufnehmen, in welchem Fall er bloß sein Eigenthumsrecht, nicht aber auch den jur. Besitz des Gegners darzuthun braucht, dieser aber mit dem Beweis des bloßen Naturalbesitzes nicht gehört werden kann, somit verurtheilt werden muß, wenn Kläger sein Eigenthum nachzuweisen im Stande ist.

Diese beiden Sätze (lit. b. u. c.) sollen nun motivirt werden.

Ad b und c. Wurde die Nomination ohne Erfolg geltend gemacht, d. h. bleibt der Nominat aus, oder erklärt er, die Sache gehe ihn nichts an, er sei wenigstens nicht jur. Besitzer, so wird der Kläger in den Besitz gesetzt und zwar ersternfalls auf bloße Bescheinigung seines Rechts (S. lit. a.) Warum soll er nun aber, wenn er sein Eigenthum beweist, nicht verlangen können, als Eigenthümer erklärt zu werden? — Warum soll er sich mit der bloßen Besitzeinräumung begnügen, in deren Folge dem Gegner das Petitorium vorbehalten wird, wenn er über-

---

Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeß Seite 541 a. E. muß Beklagter und Nominant die Sache ohne weitere Verhandlung, also ohne daß Kläger seinen Anspruch zu bescheinigen braucht, herausgeben, wenn der Nominat erscheint und erklärt, die Sache gehe ihn gar nichts an.

[11]) War aber der Nominat erschienen und hatte er erklärt, die Sache gehe ihn nichts an, so kann selbstverständlich gegen ihn, den Nominaten, nicht fortgestritten werden, weil er ja das Recht des Vindikanten gar nicht bestreitet!

zeugt ist, Eigenthümer zu sein? — Warum soll er mit der translatio poss. sich zufrieden geben, da er doch die rei vindicatio angestellt hat und die definitive Beendigung des Eigenthumsstreits mit dem jur. Besitzer wünscht? —

Muß der Nominant, wenn der Nominat ausgeblieben, auf die bloße Bescheinigung des klägerischen Rechts zur Restitution der Sache verurtheilt werden, warum soll er nicht, wenn Kläger sein Eigenthumsrecht beweist, zur Anerkennung dieses Eigenthums condemnirt werden? — Die Verantwortlichkeit des Nominanten seinem Auctor gegenüber, und die gute Absicht, die Sache dem Auctor zu erhalten, steht dieser Entscheidung gewiß nicht im Wege, denn der Auctor wurde ja nominirt und vorgeladen, war aber ausgeblieben und hat somit die ihm dargebotene Gelegenheit zur Vertheidigung seiner Rechte nicht benützt. Ist aber ein Dritter, Ungenannter, jur. Besitzer und wahrer Eigenthümer, so wird ja den Rechten desselben durch die Verurtheilung des Detentors durchaus nicht vorgegriffen. Nur kömmt er freilich aus der günstigeren Lage des Beklagten in die ungünstigere des Klägers. —

Ad c. Gegen den letzten Satz (wonach der ursprüngliche Beklagte und Nominant zur Restitution und Anerkennung des klägerischen Eigenthums verurtheilt werden muß, wenn Kläger ihm gegenüber dieses Eigenthum beweist), könnte aus dem ältern Recht ein Einwurf abgeleitet werden. Nach Pandektenrecht konnte nämlich (wenigstens nach der richtigeren Ansicht) die Wirksamkeit der Vindication durch den Nachweis des Naturalbesitzes entkräftet werden. Allein dieser Nachweis war ja Surrogat der später eingeführten Nomination, und in dem Falle gewiß nicht mehr zulässig, wenn der Kläger (was er damals schon thun konnte, s. II. nr. 4), ohne diesen Beweis zu verlangen, sofort, aber ohne Erfolg, an den Auctor des Beklagten, den Nominaten sich gewendet hatte, und nun wieder an den Nominanten zurückging. Vor Einführung der Nomination mußte der Besitzer seine Einwendung, er sei bloß Detentor, nachweisen, wenn er aus dem Streit gesetzt sein wollte; jetzt braucht er das nicht mehr, wenn er seinen Auctor benennt; bleibt aber dieser auf die peremtorische Vorladung aus, so hat der Beklagte entweder die Unwahrheit gesagt, wofür dann

eine Beweisauflage?! — Oder er hat die Wahrheit gesagt, d. h. er ist wirklich bloß Detentor, dann wird durch seine Verurtheilung zur Eigenthumsanerkennung und Restitution sein Auctor der jur. Besitzer gewiß nicht verkürzt, weil ja dieser bereits zur Vertheidigung aufgefordert worden war, und es sich selbst zuschreiben muß, wenn er die Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht benützt hatte!

Ad b. Nun kann aber der Kläger und Vindikant ohne Zweifel auch mit dem ausgebliebenen Nominaten in contumaciam fortstreiten, muß aber dann beweisen, nicht nur, daß er Eigenthümer, sondern auch, daß der Gegner jur. Besitzer sei.[12]) Denn bleibt der Nominat ungehorsam aus, so muß fingirt werden, er habe die Klage widersprochen, d. h. das klägerische Recht bestritten. Da nun das historische Fundament der Vindication zwei Thatsachen enthält, einmal die Activlegitimation, daß Kläger Eigenthümer, und dann die Passivlegitimation, daß der Beklagte jur. Besitzer und als solcher den Kläger gestört habe, — so gehören jene zwei Facta auch zur Substanzirung der Klage und folglich in die Beweislast des Klägers. Bleibt nun der Nominat aus, so wird fingirt, er habe diese beiden Thatsachen widersprochen, einmal, daß Kläger Eigenthümer, und dann, daß er selbst jur. Besitzer sei. Es versteht sich daher von selbst, daß Kläger diese beiden Momente beweisen müsse, wenn er gegen den Nominaten in contumaciam fortstreiten will.[13])

---

[12]) Flach a. a. O. sagt, dieser Beweis sei nahezu unmöglich, was jedoch nicht richtig ist (s. Note 6), wenigstens in unserem Falle nicht behauptet werden kann; denn Kläger braucht ja bloß darzuthun, daß der Nominat die Sache an den Nominanten verliehen habe, dann hat er auch bewiesen, daß ersterer jur. Besitzer sei, weil er über die Sache in einer Weise disponirte, wie es nur demjenigen zusteht, der sich für den Eigenthümer hält. —

[13]) Durch das Ausbleiben des Nominaten wird die dringende Vermuthung, daß er jur. Besitzer ist, offenbar entkräftet. Es ist im Civilprozeß ein allgemein anerkannter und durch sich selbst gerechtfertigter Satz, daß beide Parteien stets die praesumtio boni viri für sich haben, obgleich regelmäßig weder die von der einen, noch die von der andern zu ihren Gunsten aufgestellten faktischen Behauptungen, solange sie nicht erwiesen vorliegen, Glaubwürdigkeit vor dem Richter beanspruchen dürfen. Martin, Vorlesungen, Bd. I. S. 254 nr. IV.

Da nun aber der Beweis des beklagtischen Besitzes dem Kläger erspart wird, wenn er den Prozeß gegen den Nominanten wieder aufnimmt (Fall c.), so wäre Kläger ein großer Thor, wenn er seine Vindication, anstatt gegen den Nominanten, gegen den Nominaten richten würde. Klagt er nämlich gegen den Nominanten, so braucht er bloß sein Eigenthum darzuthun. Prozessirt er aber gegen den Nominaten, so muß er auch den jur. Besitz desselben beweisen.

Letzteres sagt auch Seuffert, der einzige Schriftsteller, der sich hierüber ausspricht.[14]) Auffälliger Weise hat aber Seuffert an den naheliegenden Fall nicht gedacht, daß Kläger den Eigenthumsstreit mit dem früheren Beklagten und Nominanten wiederaufnimmt, nachdem Nominat ausgeblieben war; auffälliger Weise hat Seuffert bloß den andern Fall erwähnt, der nicht leicht eintreten wird, daß Kläger mit der rei vindicatio gegen den ausgebliebenen Nominaten in contumaciam fortstreitet. —

Da nun die Gesetze zu Gunsten des Nominanten eine Ausnahme vom obigen Satze machen, indem dieser seine Einwendung, er sei bloßer Detentor, nicht zu beweisen braucht, so versteht es sich von selbst, daß wenn Nominat ausbleibt, die Wirksamkeit der Ausnahme erlischt, d. h. die Vermuthung, Nominant habe die Wahrheit gesagt, verschwindet, und daß nun die Präsumtion dafür streitet, der Nominant sei jur. Besitzer, Kläger daher im Prozeß mit dem Nominaten nachweisen müsse, daß dieser den jur. Besitz habe. —

---

[14]) Seuffert lehrt im Commentare II. Th. 1. Aufl. S. 312. 2. Aufl. S. 413: „Bleibt der Nominat aus, so ist es dem Kläger nicht verwehrt, um der definitiven Beendigung willen auf die weitere Fortsetzung des Rechtsstreites gegen den Nominaten und resp. auf Erlassung des Erkenntnisses in der Hauptsache anzutragen, wo ihm dann natürlich neben dem Beweis über die andern zur Begründung seiner Klage gehörigen Thatsachen auch der Beweis darüber aufzulegen ist, daß der Nominat zur Zeit der gegen ihn erhobenen Klage Besitzer der Sache gewesen ist.“ (Unter dem „Besitzer“ kann selbstverständlich nur der jur. Besitzer gemeint sein, denn der fakt. Besitzer ist ja — nach Seuffert's eig'ner Angabe — der Nominant.)

II. Abhandlung.

Beiträge zur Lehre vom Ungehorsam, von den privilegirten Einreden und von der Nichtigkeitsbeschwerde.

I.

Nach der herrschenden Ansicht gehört zur den allgemeinen Voraussetzungen des Ungehorsams:

1) ein Befehl des Gesetzes oder des Richters, also eine arktatorische Zeitbestimmung. vgl. v. Bayer S. 495 I.

Und: 2) Ein Befehl des competenten Richters. s. v. Bayer, S. 499. II.

Meines Erachtens kommen einmal zu diesen beiden Voraussetzungen noch zwei weitere, nämlich:

3) daß der Richter, abgesehen von seiner Competenz berechtigt war, den betreffenden Befehl zu ertheilen, und

4) daß nicht der Beklagte bei fehlerfreier Klage die Antwort auf Grund einer dilatorischen Einrede verweigert hatte, die nicht beseitigt werden konnte. S. hierüber unten II. nr. 3.

Was sodann die zweite dieser allgemeinen Voraussetzungen betrifft, wonach ein incompetenter Richter keinen Befehl ertheilen kann, so bedarf dieselbe einerseits einer Einschränkung, andrerseits einer Erweiterung.

Man unterscheide:

1) Ist der Richter subjectiv incompetent, so braucht zwar der vorgeladene Beklagte dem richterlichen Befehl, auf die Klage zu antworten, nicht Folge zu leisten, aber er muß doch im Verhandlungstermine erscheinen, resp. innerhalb der 30tägigen Exceptionsfrist eine Vertheidigungsschrift einreichen, um gegen die Competenz Einsprache zu erheben. l. 2. D. (2. 5.) l. 5 D. (5. 1). v. Bayer S. 499.

Zu antworten braucht also der Beklagte nicht, wenn ihn ein incompetenter Richter geladen hat, aber verantworten muß er sich, d. h. erscheinen, resp. eine Streitschrift einreichen, um die exc. jud. incompetentis vorzubringen. Denn bleibt er aus, so liegt hierin eine stillschweigende Prorogation des Richters. Vgl. v. Bayer S. 248.

2) Ist aber der Richter objectiv incompetent, so ist der Geladene freilich nicht verpflichtet, zu erscheinen, resp. eine Streitschrift einzureichen, um gegen die Competenz des angerufenen Richters zu protestiren, — weil es eben keine prorogatio de re ad rem gibt. (Vgl. v. Bayer, S. 236 nr. 1.)

Der Satz, daß der Ungehorsam einen vom competenten Richter ausgehenden Befehl voraussetzt, muß daher mit der oben ausgeführten Beschränkung verstanden werden. —

Andererseits ist aber jener Satz auch einer Erweiterung bedürftig. Selbst den Befehl des competenten Richters, auf die Klage zu antworten, kann der Beklagte so lange unbefolgt lassen, bis die von ihm vorgeschützte forideklinatorische Einrede als unbegründet verworfen worden ist, — weil gerichtsablehnende Einreden, wenn sie auch gänzlich unstichhaltig sind, von der Verbindlichkeit zur Eventualhandlung befreien, der Richter also mit ihrer Verwerfung eine wiederholte Vorladung an den Beklagten erlassen muß. Vgl. v. Bayer S. 575. Indessen muß doch der von einem competenten Richter geladene Beklagte, wenn er gleich die privilegirte forideklinatorische Einrede vorschützt, ungehorsam genannt und daher in die poena contum. generalis, d. h. in die Streitkosten verfällt, ja im Falle muthwilliger Vorschützung sogar in eine arbiträre Geldstrafe verurtheilt werden. J. R. A. §. 40.

II.

Wird der Beklagte von einem incompetenten Richter verurtheilt, so kann er bekanntlich Urtheil und Verfahren 30 Jahre lang ob defectum in persona judicis mit der querela nullitatis insanabilis anfechten.

Um aber im Falle subjectiver Incompetenz die Nullitätsbeschwerde gegen das verurtheilende Erkenntniß anzustellen, wird selbstverständlich vorausgesetzt, nicht bloß:

1) daß Beklagter die Incompetenzeinrede rechtzeitig vorgebracht, sondern auch:

2) daß er gegen das dieselbe verwerfende Interlocut ein Rechtsmittel eingelegt habe, und zwar so lange, bis die res judicata kraft gesetzlicher Vorschrift eingetreten ist. Und endlich

wird zur Aufstellung der Richtigkeitbeschwerde meines Erachtens auch noch vorausgesetzt:

3) daß nicht die höchste Instanz die Incompetenzeinrede verworfen hatte. Hierüber möchte ich folgendes bemerken. Kraft gesetzlicher Vorschrift tritt die Rechtskraft ein:

a) Wenn tres sententiae conformes vorliegen, oder:

b) die Summe für die Berufung oder Oberberufung fehlt, oder:

c) die letzte Instanz gesprochen hatte.

Nehmen wir nun an, daß der Zwischenbescheid, wodurch die Incompetenzeinrede verworfen wurde, kraft des Gesetzes (lit. a—c) rechtskräftig geworden, so findet in den zwei ersten Fällen die Nullitätsbeschwerde unzweifelhaft statt, weil hier immer noch eine Instanz da ist, welche den Nullitätsgrund noch nicht geprüft und verbeschieden hatte. Seuffert versirt daher gewiß im Irrthum, wenn er im Commentar Bd. IV. Aufl. 1 S. 179. Aufl. 2 S. 215 lehrt, daß nach rechtskräftiger Verwerfung einer foridekllinatorischen Einrede der durch sie gerügte Mangel nicht weiter als Nullitätsgrund geltend gemacht werden kann. Es würde nämlich unter dieser Voraussetzung die objective Incompetenz nur bedingungsweise ein Nullitätsgrund, die subjective Incompetenz aber gar keiner sein.[1])

Ob aber auch im 3. Fall die Nullitätsquerel Platz greift, wenn nämlich die letzte Instanz gesprochen, d. h. der oberste Gerichtshof die exc. jud. incompetentis verworfen hat, ist eine Frage, deren Verneinung nach bayerischem Prozeßrecht wohl keinem Zweifel unterliegt. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. 25 S. 129 ff. u. S. 301 ff. OAGE. v. J. 1860), welche jedoch nach gemeinem Prozeßrecht nicht so leicht zu entscheiden sein dürfte.[2]) v. Bayer lehrt hierüber in der 8. Auflage S. 1096:

---

[1]) Gleichwohl hat unser OAG. im Jahre 1845, und in neuerer Zeit bezüglich der Nullität ob defectum citationis in Seufferts Sinn entschieden. vgl. die Bl. f. RA. Bd. 11 S. 328 u. Bd. 24. S. 304.

[2]) Die Autoren übergehen diese Frage mit Stillschweigen. Auch Stripelmann in seiner Monographie über die Richtigkeitsbeschwerde (S. 197—204) bespricht dieselbe nicht.

„Da die Rechtskraft dem Gebrauch der Nullitätsquerel überhaupt nicht im Wege steht, so kann dieses Rechtsmittel auch dann angestellt werden, wenn wirklich schon tres sententiae conformes vorliegen, soferne nur diese nicht die Nullität eines vorausgehenden Urtheils betreffen. Vgl. Cl. 1 (2. 11).“

Dieser Satz ist zwar nur für den Fall ausgesprochen, wenn die Rechtskraft dadurch entstanden, daß drei conforme Urtheile vorliegen, gilt aber wegen Gleichheit des Grundes gewiß auch für den Fall, wenn die Rechtskraft dadurch entstanden war, daß bereits die letzte Instanz gesprochen hatte. Da ferner die Nichtigkeitsbeschwerde nach Bayer nur dann ausgeschlossen ist, wenn über sie selbst bereits drei gleichlautende Sentenzen vorliegen, so scheint sie nach v. Bayers Ansicht nicht nur dann zuläßig zu sein, wenn drei conforme Endurtheile vorliegen, sondern auch dann, wenn drei conforme Interlocute über den Nullitätsgrund z. B. über die Verwerfung der Incompetenzeinrede ergangen sind, oder die letzte Instanz hierüber erkannt hatte.[3])

Wenn man jedoch erwägt:

1) Daß ein Urtheil, welches einem unter den nämlichen Parteien ergangenen rechtskräftigen Erkenntniß widerspricht, ungiltig ist,[4])

2) daß man bei den höchsten Reichsgerichten keine Nullitätsbeschwerde gegen deren eigene Sentenzen gestattete. Vgl. Moser R. H. R. Praxis lib. 7 c. 9 §. 5 u. 6. Schwäder, de conc. et elect. remed. c. 2 §. 10 und

3) daß dieser Usus wohl nur die Bedeutung haben konnte,

---

[3]) v. Bayers Ansicht scheint eine Billigung gefunden zu haben in den Verhandlungen unserer Abgeordnetenkammer v. J. 1828 Bd. 6 S. 129, wo ausdrücklich gesagt wurde, daß ein Verfahren, welches vor einem unzuständigen Gerichte gepflogen wurde, unheilbar nichtig ist, und daß alle darauf gebauten Urtheile aller Instanzen mit gleicher Nichtigkeit behaftet sind. Vgl. auch Seufferts Commentar 1. Aufl. S. 172. a.

[4]) Dasjenige Gericht, welches durch Verwerfung der exc. jud. incompet. sich oder das betreffende Untergericht für zuständig erklärt hatte, kann unmöglich diesen rechtskräftig gewordenen Beschluß wieder zurücknehmen — wenn auch in Folge einer gegen das Endurtheil eingelegten Nullitätsbeschwerde, ohne sich eines Verstoffes ctr. rem judicat. schuldig zu machen. —

durch eine Nullitätsquerel denselben Richter bloß mit der Prüfung solcher Mängel seines Urtheils befassen zu lassen, die er bei seinem ersten Ausspruch nicht wahrgenommen; daß aber das jenige Gericht, welches den Nullitätsgrund, z. B. die Competenzfrage, bereits zum Gegenstand einer besonderen Prüfung und Entscheidung gemacht hatte, (weil der Beklagte seiner Zeit die betreffende Einrede vorgeschützt), diesen Nichtigkeitsgrund unmöglich wiederholt zum Gegenstand einer neuen Prüfung machen kann, um — je nach deren Resultat — im conträren Sinn zu entscheiden; — wenn man das Alles wohl erwägt, so gelangt man consequent zur Aufstellung folgender entgegengesetzter Resultate:

1) Daß Nullitätsbeschwerden an das OAG. nur dann zuläßig sind, wenn der Punkt, aus welchem der Nullitätsgrund abgeleitet wird, vom OAG. nicht bereits geprüft und entschieden ist, und

2) daß das Wahlrecht, welches dem Querelanten bezüglich des Gerichts zusteht, die Nichtigkeitsbeschwerden entweder beim erkennenden oder beim Oberrichter anzubringen, cessirt, — daß folglich Nichtigkeitsbeschwerden beim erkennenden Richter unzuläßig sind, wenn dieser die Zuständigkeitsfrage ausdrücklich verbeschieden, der Beklagte also die exc. jud. incompetentis vorgeschützt hatte. —

Wenn aber die Blätter für Rechtsanwendung, und mit ihnen Seuffert noch einen Schritt weiter zu gehen, und die Nullitätsquerel überhaupt für unstatthaft halten, soferne über die Incompetenzeinrede bereits rechtskräftig abgeurtheilt wurde, gleichviel in welcher Instanz das geschehen war, — so sind sie gewiß im Irrthum. S. das Obengesagte. —

III.

Nach der gewöhnlichen Lehre gehören zur Verhängung einer Ungehorsamsfolge nachstehende Voraussetzungen:

1) Dem contumax muß der richterliche Befehl ordnungsmäßig publizirt oder insinuirt worden sein. Wetzell System 2. Aufl. S. 924. vgl. auch v. Bayer S. 512 u. f.

2) Der Geladene muß diesem Befehl intra terminum nicht

Folge geleistet haben, und daher die betreffende Zeitbestimmung (Termin oder Frist) völlig abgelaufen sein. v. Bayer S. 513 nr. 2. Wetzell l. c.

Um aber das Contumazialerkenntniß zu fällen, d. h. die speciellen Ungehorsamsfolgen zu verhängen, wird noch weiter vorausgesetzt:

3) Daß die Zeitbestimmung peremtorisch gewesen, d. h. daß entweder das Gesetz den zu verhängenden Rechtsnachtheil für den Fall des Nichthandelns resp. Nichterscheinens ausdrücklich vorgezeichnet, oder der Richter denselben besonders angedroht hatte. Endlich:

4) Daß der Gegner contumaciam accusirt, und mit seiner Ungehorsamsbeschuldigung der verspäteten Handlung des contumax zuvorgekommen sei.

Soweit die communis opinio. — Hiemit sind aber die Voraussetzungen zur Verhängung der Ungehorsamsfolgen überhaupt und des Contumazialerkenntnisses insbesondere keineswegs erschöpft. Denn es kommen zu den obenaufgestellten 3 Requisiten noch 3 weitere nicht minder wesentliche hinzu. Zur Verhängung der Ungehorsamsfolgen im Allgemeinen, ja zum Begriff des Ungehorsams überhaupt wird nämlich vorausgesetzt:

4) Daß der Richter — abgesehen von seiner Competenz — berechtigt war, den betr. Befehl zu ertheilen, was aber nicht der Fall ist, wenn die vorausgehende Streitschrift an einem solchen formellen oder materiellen Mangel laborirt, der ihre Zurückweisung a limine gerechtfertigt hätte. Fehlt es also z. B. der Klage entschieden am Rechtsgrund oder an der gehörigen Substantiirung, oder dem Kläger an der Gerichtsstandsfähigkeit, oder seinem Anwalt an der Prozeßvollmacht und kann in den beiden letztern Fällen der Mangel voraussichtlich nicht beseitigt werden, oder liegt sonst ein Fehler vor, dem sich in diesem Verfahren nicht abhelfen läßt, so hätte der Richter die Klage von der Gerichtsschwelle zurückweisen sollen. Unterließ er das, und theilte er die Klage ad excipiendum mit, so ist der Beklagte nicht ungehorsam, wenn er dem richterlichen Befehle,

auf eine solche Klage zu antworten, nicht Folge leistet. Ja der Beklagte braucht sich hier nicht einmal zu „verantworten", um der Contumazirung zu entgehen, d. h. er braucht nicht einmal die betr. rechtliche Gegendeduction, resp. dilatorische Einrede zu oppponiren, um die Verurtheilung in irgendwelche Ungehorsamsfolgen zu vermeiden, — weil alle jene Einwendungen von der Art sind, daß sie von Amtswegen ersetzt werden müssen. Der Beklagte ist also nicht ungehorsam, wenn er zur Beantwortung einer fehlerhaften Klage der obengenannten Art wiederholt und peremtorisch aufgefordert, im Verhandlungstermine ausbleibt oder binnen der vorgeschriebenen 30tägigen Frist keine Exceptionsschrift einreicht; denn der Richter kann dem Beklagten in solchen Fällen nicht einmal das Erscheinen, geschweige das Antworten befehlen. —

Zur Verhängung von Ungehorsamsfolgen wird aber noch weiter vorausgesetzt:

5) Daß nicht der Beklagte bei fehlerfreier Klage die Antwort auf Grund einer dilatorischen Einrede verweigert hatte, die nicht beseitigt werden konnte. Das ist z. B. der Fall bei der exc. praestandae cautionis pro expensis, wenn Kläger keine Caution stellt. Der Mangel der Cautionsleistung ist kein Fehler der Klageschrift, weil der Kläger nur auf Verlangen des Beklagten zur Cautionsstellung angehalten werden kann; der Beklagte ist aber nicht schuldig, litem zu contestiren, wenn er mit Grund ein solches Begehren gestellt, und der Kläger demselben nicht nachkommen kann oder will.

Was nun insbesondere das Contumazialerkenntniß, d. h. den Ausspruch des Richters über die speziellen Ungehorsamsstrafen betrifft, so wird zur Fällung desselben vorausgesetzt, daß der Beklagte die Einlassung nicht auf Grund einer privilegirten, d. h. von der Verbindlichkeit zur Eventualhandlung befreienden Einrede verweigert hatte.[3])

[3]) Ist eine solche Einrede wirklich begründet, vermag sie also der Kläger durch keinen Gegenbeweis zu beseitigen so kann den Beklagten freilich nicht einmal die poena contumaciae generalis treffen, denn der Kläger muß dann

Zu den privilegirten Einreden gehören aber vor Allem:

a) Die gerichtsablehnenden. Diese befreien unbedingt und formell von der Litiscontestationspflicht, d. h. ohne Rücksicht auf ihre Stichhaltigkeit. Hat der wiederholt und peremtorisch geladene Beklagte die Einlassung auf Grund einer unstichhaltigen, vielleicht sogar frivol vorgebrachten foridеklinatorischen Einrede verweigert, so muß er zwar zum Kostenersatz und sein Anwalt im Fall der Frivolität in eine arbiträre Geldstrafe verurtheilt werden; er kann aber nicht mit der Exception präkludirt, und muß daher neuerdings vorgeladen werden. J. R. A. §. 40.

Privilegirt sind ferner nach der Ansicht der Praxis:

b) die proceßhindernden Einreden im engern Sinn, wohin der deutsche Gerichtsgebrauch jede peremtorische Einrede zählt, die in continenti liquid gemacht werden kann. Diese Exceptionen befreien also nur dann von der L.-C., wenn sie schleunig bewiesen werden können, in diesem Fall haben sie jene Wirkung auch dann, wenn sie durch einen direkten oder indirekten Gegenbeweis (Replikbeweis) wieder beseitigt werden.

Privilegirt ist sodann, wenigstens nach der Praxis:

c) die dilatorische exc. spolii, wenn sie innerhalb einer 15-tägigen Frist erweislich ist, gesetzt auch, daß sie der Kläger durch Gegenbeweis entkräftet, oder ihr durch Zurückgabe des Spoliums abgeholfen hat. In dieser doppelten Beziehung unterscheidet sich die exc. spolii von den gemeindilatorischen Einwendungen, welche nur dann von der Verbindlichkeit zur L.-C. befreien, wenn der Beklagte gewiß weiß, daß sie begründet sind, und auch vom Kläger nicht beseitigt werden können; denn obgleich sie nur im Fall wirklicher Begründung von der Verbindlichkeit zur L.-C. befreit, so hat sie doch diese Wirkung selbst dann noch, wenn sie nachher vom Kläger beseitigt wird.

Ein beschränktes Privileg hat endlich:

---

abgewiesen werden und daher nach dem Satze »victus fert expensas« auch die Kosten tragen.

d) exc. libelli inepti vel obscuri. Denn sie befreit zwar nur dann von der Verbindlichkeit zur Einlassung, wenn sie wirklich begründet ist,[4]) behält aber diesen Effekt auch dann, wenn sie nachher vom Kläger beseitigt wird. v. Bayer lehrt hierüber S. 575:

„Manche dilatorische, wenn auch nicht gerichtsablehnende Einreden sind von der Art, daß gerade durch den Mangel, durch welchen sie veranlaßt wurden, auch die Möglichkeit einer bestimmten Einlassung ausgeschlossen wird, — z. B. die exc. libelli obscuri; und in diesem Fall versteht es sich von selbst, daß dem Beklagten keine Verbindlichkeit — auch nur zu einer eventuellen Einlassung obliegen könne."

Uebereinstimmend hiemit ist Renaud im Lehrbuch S. 609. (S. Note 5 a. A.)

Meines Erachtens liegt der Grund der Befreiung uns'rer exc. libelli inepti vel obscuri nicht so fast, wenigstens nicht bloß darin, daß der Beklagte nicht litem contestiren kann, sondern vielmehr darin, daß er nicht litem zu contestiren schuldig ist, wenn er es auch könnte.

Unsere Einrede unterscheidet sich nämlich in dreifacher Beziehung von den übrigen dilatorischen Einwendungen. Einen Unterschied haben v. Bayer und Renaud bereits hervorgehoben.

Während nämlich der Beklagte bei den andern verzögerlichen Einreden eventuell litem contestiren kann, ist bei der exc. libelli inepti vel obscuri, wenigstens bei der letztern, eine eventuelle Einlassung nach der Natur der Sache oft unmöglich, (vgl. v. Bayer und Renaud a. a. O.), und daher der Beklagte

---

[4]) Mit Recht sagt Renaud im Lehrbuch S. 609:

„Versteht es sich von selbst, daß auf einen willkürlich dunklen oder ungereimten Klagevortrag eine Einlassung nicht möglich ist und sonach dem Beklagten auch nicht zur Pflicht gemacht sein kann, so verhält es sich dagegen in dem Fall anders, daß die angebliche Dunkelheit oder Unverständlichkeit der Klage vom Richter nicht erfunden werden sollte und beruht es demnach auf einer nicht gerechtfertigten Praxis, wenn hier dem Beklagten eine neue Frist zur Einlassung gegeben wird.

zur Antwort nicht eher verpflichtet, als bis der Mangel gehoben, die Geschichtserzählung ergänzt oder deklarirt ist.

Es gibt jedoch Fälle, in welchen man auf die unsubstantiirte Klage ganz gut antworten kann, wenn nicht primaer, so doch eventuell. Nehmen wir z. B. an, der Kläger hat die condictio indebiti angestellt, und nicht angeführt, daß er das Indebitum irrthümlich bezahlt habe. Wenn hier der Beklagte den Mangel ergänzt und den vom Kläger nicht behaupteten Irrthum widerspricht oder einräumt, so kann er sich auf die von ihm selbst verbesserte Klage vollständig vertheidigen. Oder nehmen wir an, A hat die Forderung des verstorbenen B gegen C eingeklagt, ohne anzuführen, wie sie auf ihn übergegangen ist. Hier kann C, nachdem er die exc. libelli inepti opponirt, einwenden, er vermuthe, daß sich A als Erbe des B gerire, er sei es aber nicht. Für den Fall nun, daß diese seine Vermuthung zutreffe, wolle er, jedoch nur eventuell, sich auf die Klage selbst einlassen, seine Verbindlichkeit gegenüber von C einräumen, dagegen die Aktivlegitimation des Klägers widersprechen, und folgende peremtorische Einreden opponiren. Indem also der Beklagte die klägerische Geschichtserzählung verbessert, was in der Praxis so häufig geschieht, läßt er sich auf die Klage ein, sei es primaer oder doch eventuell.

Wenn er aber die exc. libelli inepti vorschützt, ohne eventuell litem zu contestiren, so ist seine Contumazirung doch nicht möglich, denn er ist nicht verpflichtet, die vom Kläger gemachten Fehler zu verbessern, seine Einrede selbst zu beseitigen[5]). Daß er dieses bei dem exc. lib. inepti thun kann, hierin liegt eine zweite Eigenthümlichkeit unsrer Einrede, ein zweiter Unterschied zwischen ihr und den übrigen Dilatorien. Allein der Beklagte ist es nicht

[5]) Und zwar auf die Gefahr hin, daß sein Versuch fehlschlägt, seine Bemühung vergeblich ist. Rekurriren wir auf das oben angeführte Beispiel. A klagt die Forderung des verstorbenen B ein, ohne das factum legitimans anzuführen. C verbessert den Fehler und widerspricht, daß A Erbe des B sei. Wenn nun A hierauf nicht eingeht, indem er behauptet, die Forderung sei ihm von B cedirt worden, so ist die Vertheidigung des C eine vergebliche, und muß derselbe neuerdings ad exc. aufgefordert werden.

zu thun schuldig, denn die streitenden Theile sind bloß verbunden, sich die Prozeßführung wechselseitig nicht zu erschweren, keineswegs aber sich dieselbe gegenseitig auf positive Art zu erleichtern. (Vgl. v. Bayer S. 75.)

Der Grund der Befreiung unsrer Einrede liegt also nicht so fast darin, daß der Beklagte nicht litem contestiren kann, wie v. Bayer und Renaud annehmen, sondern vielmehr darin, daß er nicht litem zu contestiren braucht.

Dafür, daß sich der Beklagte nicht einzulassen braucht, spricht aber, wenn wir uns auf den Standpunkt des Klägers stellen, noch ein anderes Motiv.

Die exc. libelli inepti ist nämlich auch dadurch von den gemeinverzögerlichen Einreden ausgezeichnet (dritter Unterschied), daß ihr der Kläger in der Replik, also in diesem Verfahren nicht abhelfen kann (Seuffert Th. II. S. 165. Wetzell System S. 900), sondern eine neue Klage überreichen und also dem Gegner alle bisher erlaufenen Kosten vergüten muß. Zwar scheint jene Abhilfe nur eine emendatio libelli zu sein, die bekanntlich in der Replik zuläßig ist. In der That ist sie es aber nicht; denn unter emendatio libelli versteht man die Ergänzung oder Erläuterung des Klagegrundes in unwesentlichen Stücken, wodurch keine neue Einlassung in der Hauptsache erfordert wird. Hier handelt es sich aber um die Verbesserung der Geschichtserzählung in wesentlichen Punkten, wodurch erst eine Einlassung des Beklagten ermöglicht wird. Die nachträgliche Substantiirung der Klage darf daher durchaus nicht unter den Gesichtspunkt der emendatio libelli gestellt, sondern muß ganz wie eine Klageänderung behandelt werden.[6])

---

[6]) Nach der communis opinio ist freilich die mutatio libelli vor der L.-C. unbedingt zuläßig, nachher aber nur mittelst Beginn eines neuen Verfahrens und Ersatz aller bisher erlaufenen Kosten. Vgl. v. Bayer S. 550—51.

Ich kann jedoch dieser Ansicht nicht beipflichten. Die Richtigkeit des zweiten Satzes angenommen (die von verschiedenen Seiten bestritten wird*),

---

*) Anmerkung. Einige Rechtslehrer halten die mutatio libelli nach der L.-C. für absolut unstatthaft, weil der Kläger nicht befugt sein

In der That kann denn auch der Mangel der Substantiirung oder der Deutlichkeit, nicht wie ein formeller Fehler (Mangel der Caution, Prozeßlegitimation oder Gerichtsstandfähigkeit) durch einen bloßen Nachtrag verbessert werden. Vielmehr ist die Ergänzung oder Aufklärung der Geschichtserzählung, wie die Abänderung derselben, nur durch Einreichung einer ganz neuen Klageschrift und eines ganz neuen Verfahrens möglich. Kläger muß daher dem Beklagten die Kosten des bisherigen vergeblichen Verfahrens ersetzen und einen neuen Proceß mit verbesserter Klageschrift anfangen.

Die exc. libelli inepti vel obscuri befreit also den Beklagten, ihre wirkliche Begründung vorausgesetzt, von der Verbindlichkeit zur L.-C., weil letztere:

1) In der Regel nicht möglich, und

2) Wenn auch möglich, gar nicht nothwendig, der

---

muß ich mich entschieden gegen jene des ersten Satzes, d. h. gegen eine Unterscheidung zwischen dem Zeitpunkt vor und nach der L.-C. erklären.

Gewiß ist die mutatio libelli auch vor der L.-C. nur bedingt, d. h. nur mittelst Einreichung einer ganz neuen Klagschrift, Uebernahme aller bisher erlaufenen Kosten, und also Beginn eines neuen Verfahrens möglich. Der Einwurf, von einem früheren Verfahren könne vor der L.-C. keine Rede sein, ist unbegründet. Denn einmal tritt die Litispendenz heutzutage nicht erst mit der L.-C. ein, wie im Röm. Recht, sondern mit der Klagemittheilung. Martin Vorles. II. S. 4--5. Sodann ist ein wirkliches Verfahren auch vor der L.-C. möglich, wenn der Beklagte auf Grund von dilatorischen Einreden wie z. B. der exc. libelli inepti die Einlassung verweigert hatte. Will hier der Kläger seine Klage abändern, so ist dies nur möglich durch Einreichung einer ganz neuen Klagschrift, Kostenvergütung (für die beklagtische Exceptionsschrift) und also Beginn eines neuen Prozesses, — vor der L.-C. also unter denselben Voraussetzungen, wie nach derselben. Was aber von der mutatio libelli gilt, ganz dasselbe muß auch von der nachträglichen Substantiirung der Klagschrift, d. h. der Beseitigung der exc. libelli inepti vel obscuri gelten.

---

kann, die Instanz wider Willen des Beklagten aufzugeben, der durch die L.-C. das Recht erlangt habe, die Fortsetzung des Prozesses gegen den Kläger zu verlangen. Vgl. Renaud S. 173—72. Wetzell S. 898.

Aeltere Rechtslehrer gingen noch weiter und hielten die mutatio libelli schon von der Klagemittheilung an für unstatthaft. S. Buchka, Einfluß des Proz. II. S. 84 flgd.

Beklagte also hiezu keinesfalls verbunden ist, indem Kläger die Einrede in diesem Verfahren nicht beseitigen kann, Beklagter sie aber nicht zu beseitigen braucht.

Unsere Einrede bildet sonach eine Mittel- und Uebergangsstufe von den privilegirten zu den gemeindilatorischen Einreden. Während nämlich die ersteren — die Foridéclinatorien, die exc. spolii und die proceßhindernden Einreden — formell von der Eventualhandlung befreien, d. h. auch dann, wenn sie unstichhaltig sind, hat die exc. libelli inepti vel obscuri, wie die gemeindilatorischen Einreden, diese Wirkung nur im Fall ihrer wirklichen Begründung. — Während aber die gemeindilatorischen Einreden bloß materiell, d. h. nur dann von der Einlassung befreien, wenn sie im Moment des Vorbringens fundirt sind und auch fundirt bleiben, d. h. nicht beseitigt werden können, — hat die exc. libelli inepti jenen Effekt schon in dem Fall, wenn sie im Augenblick der Vorschützung begründet ist, gesetzt auch, daß sie durch einen verbesserten Vortrag beseitigt wird, weil diese Beseitigung nur durch Beginn eines neuen Prozesses möglich ist.

Hierin liegt das beschränkte Privileg uns'rer Einrede, welches sie von den gemeinverzögerlichen Einreden unterscheidet und den Foridéclinatorien an die Seite stellt. Ist sie auch nicht so stark bevorzugt, wie die letztern (s. oben), so hat sie doch die Wirkung mit ihnen gemeinschaftlich, daß sie in diesem Verfahren nicht mehr beseitigt werden kann. Deshalb ist sie den gerichtsablehnenden Einreden allerdings anzureihen, und Renaud dürfte folglich Unrecht haben, wenn er Seite 608 u. f. bemerkt, es sei ungenau, wenn man mit Bayer S. 575 nr. 2 die exc. libelli inepti vel obscuri den gerichtsablehnenden Einreden an die Seite stellt.

III. Abhandlung.

Vom totalen Ungehorsam des Beklagten bei liquidem Klagegrund.[1])

[Siehe meine Abhandlung in v. Linde's Zeitschrift Bd. 20 S. 8—14. S. 15—23. (1863.)]

A.

Wenn die Klage durch beigelegte Urkunden liquid ist.

Kann der Kläger den Klagegrund urkundlich beweisen, so ist es nicht blos zweckmäßig, sondern nahezu nothwendig, die betreffenden Schriftstücke in Abschriften seinem Libell beizulegen. Ersteres nimmt die herrschende Ansicht auf Grund des J. R. A. §§. 35 und 46 an, vgl. v. Bayer. 8. Aufl. S. 547. Letzteres wurde in jüngster Zeit dargethan in Heuser's Annalen der Justizpflege in Kurhessen. Bd. 7. S. 369 flgd. Schreibt doch auch unser G. O. in c. 11. §. 5 nr. 1 vor, daß Dokumente, worauf man sich in der Klage, Antwort, Replik und Duplik bezieht, allzeit gleich abschriftlich mit beigelegt werden sollen, besonders wenn sie so beschaffen sind, daß der Streit dadurch allein, ohne einen andern Beweis, gehoben werden kann. Vgl. auch c. 4. §. 12.

Offenbar hat diese Bestimmung nicht die Beweisanticipation, sondern vielmehr die gehörige Substantiirung zum Ziele. Die Verbindung des Urkundenbeweises mit der Klage und Exception gehört daher zur näheren Substanzirung der Geschichtserzählung.

Mag man nun letzteres annehmen oder nicht, so steht doch soviel fest, daß die Verbindung des Urkundenbeweises mit der Klage dem Kläger den Vortheil gewährt, daß sich der Beklagte schon in seiner ersten Vertheidigung über die Echtheit der Ur-

[1]) Ueber den partiellen Ungehorsam des Beklagten bei liquidem Klagegrund. S. die IV. Abhandlung sub VI. A. und B. §.§. 7 u. 8.

kunden sub poena recogniti erklären muß. J. R. A. §. 39 und 46.[2])

Es entsteht nun die Frage:

1) Welche Folgen dann eintreten, wenn der Kläger seinem Libell Urkunden beigelegt, wodurch der ganze Klagegrund bewiesen wird, und der Beklagte, obgleich peremtorisch zur Vernehmlassung und zur Erklärung auf die Urkunden geladen, innerhalb der anberaumten Frist gar keine Antwort abgibt. Zweifelsohne trifft den Beklagten nach verstrichener Frist und vorausgegangener Contumazialbeschuldigung des Klägers nicht bloß die angedrohte poena inspecti resp. recogniti und Präklusion der Einreden, sondern auch die nicht angedrohte poena liquidi et confessi: es wird also der Beklagte mit allen Einreden ausgeschlossen, die Klage als liquid und eingestanden angenommen, und folglich in der Sache selbst nicht auf Beweis, sondern definitive, auf Verurtheilung des Beklagten gesprochen.

Zwar ist diese Contumazialfolge in den Quellen des gemeinen Prozesses nicht gesetzlich sanctionirt, wie in jenen des

---

[2]) Zugleich wird aber der Beklagte auch zur Vorbringung seiner Einreden und zur Beantwortung des Klaggrundes aufgefordert. J. R. A. §. 39.

Man könnte einwenden, die letztere Aufforderung sei hier sowenig am Platz, als beim Executivproceß, weil ja der Kläger bereits den Beweis übernommen hat, zu dessen Herstellung er in Folge einer verneinenden Antwort verpflichtet werden könnte. Allein beim Executivprozeß muß der Kläger seinen Beweis, und zwar einen Urkundenbeweis, mit der Klage verbinden, und darf daher gar nicht mehr auf Beweis der Klage erkannt werden.

Im ordentlichen Prozeß dagegen ist die Beilegung der Urkunden im Klaglibell eine freiwillige Sache. Negirt der Beklagte die Klage, so wird trotzdem auf Beweis gesprochen, und ist Kläger durchaus nicht gehindert, falls ihm der Urkundenbeweis bereits mißlungen war, oder mißlingen sollte, den Klagegrund innerhalb der Beweisfrist durch andere Beweismittel darzuthun.

Im ordentlichen Prozeß ist daher die Antwort, soferne sie negativ ausfällt, dem Beklagten von Nutzen, weil dann der Richter auf

bayerischen.[3]) Im J. R. A. §. 39 ist nämlich bloß von der poena recogniti die Rede, wenn keine Erklärung auf die Urkunden erfolgte, und in der C. G. O. von 1555 bloß von der Fiction negativer Einlassung, Zulassung des Klägers zum Beweis der Klage, und Ausschließung des Beklagten mit den Einreden, wenn dieser total ungehorsam ist.

J. R. A. §. 30 und 37. C. G. O. von 1555. III. 43. §. 4.

Von der poena confessi geschieht weder hier noch dort eine Erwähnung. Im Gegentheil heißt es in der C. G. O. v. 1555 l. c.: im Falle totalen Ungehorsams werde der Krieg in contumaciam als befestigt angenommen; folglich kann die Klage, wenn gleich vollkommen liquid, doch nicht als eingestanden fingirt werden! — Sie muß vielmehr als widersprochen angenommen und also im Fall ihrer Liquidität dem Beklagten der direkte Gegenbeweis offen gelassen werden. So scheint es wenigstens.

Es frägt sich nun: Wie kann die poena confessi angedroht werden, wenn sie in den Gesetzen nicht vorgeschrieben ist? — Und wie kann sie verhängt werden, wenn sie nicht vorher angedroht wurde?!

Ich glaube aus dem Grunde, weil die poena confessi eine selbstverständliche Folge der poena recogniti und des Rechtsnachtheils der Präklusion der Einreden ist, vorausgesetzt natürlich, daß der Beklagte die Klage nicht widersprochen hat, wie eben im vorliegenden Fall.

---

den Beweis der Klage erkennen muß während im Executivprozeß der Klagswiderspruch ohne allen Effekt, die Antwort sohin völlig überflüssig ist, — weil nach mißlungenem Urkundenbeweis der Kläger ohneweiteres in dieser Prozeßart abgewiesen werden muß. Nur dann hätte der Klagswiderspruch auch hier eine Wirkung, wenn Kläger im Stande wäre, seine Negation im Verhandlungstermine sofort urkundlich zu erweisen.

[3]) Im bayer. Prozeß ist diese Contumazialfolge gesetzlich sanktionirt, nur müssen die Urkunden dem Richter im Original oder vidimirter Abschrift vorgelegt, dem Beklagten bei der Ladung selbstverständlich mitgetheilt, derselbe wiederholt und unter Androhung der poena liquidi et confessi, ad excipiendum aufgefordert worden sein. G. O. c. 5. §. 10. nr. 4. Prozeßnovelle v. 17. Nov. 1837. §. 18. nr. 1 und Abs. 2.

Zur Motivirung dieses Satzes, und des daraus folgenden condemnatorischen Urtheils wider den ungehorsamen Beklagten lassen sich meines Erachtens folgende Gründe anführen:

1) Wer eine Urkunde rekognoszirt, der erkennt auch ihren Inhalt als richtig an, so lange er ihn nicht ausdrücklich widerspricht. Aus der Rekognition der Urkunde folgt ein stillschweigendes gerichtliches Geständniß ihres Inhalts, wenn dieser Inhalt nicht ausdrücklich abgeleugnet wird. Wenigstens gilt das bei jenen Urkunden, die selbst ein Geständniß des Ausstellers enthalten. Wenn z. B. der Beklagte seine Unterschrift unter dem Schuldschein oder der Quittung rekognoszirt, ohne gegen den Inhalt des Dokumentes zu protestiren, so erkennt er hiedurch diesen Inhalt, nämlich sein außergerichtliches schriftliches Geständniß, auch vor Gericht an, zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend. Es ist dies ein thatsächliches gerichtliches Geständniß, das concludente Factum, aus dem es geschlossen wird, ist eben die Rekognition der Unterschrift. Die Urkunde für sich betrachtet ist Anfang des Beweises (titre de probation); durch die Rekognition des Produkten wird sie zum vollendeten Beweis; die Unterlassung des Widerspruchs der Klagsfakta endlich bei liquidem Klaggrund ist das thatsächliche Eingeständniß derselben.

Wenn nun der Beklagte total ungehorsam ist, d. h. weder auf die Urkunden sich erklärt, noch überhaupt antwortet, so trifft ihn die angedrohte poena recogniti, d. h. die Urkunden gelten als anerkannt, und also gilt auch ihr Inhalt als eingeräumt, und daher die Klage als zugestanden, wenn sie anders mit dem Inhalt der Urkunden übereinstimmt. Die Contumazialstrafe ist also die poena confessi.

Nun ist freilich unser Geständniß kein thatsächliches, welches aus dem concludenten Factum der geschehenen Rekognition der Urkunden folgt; es ist viel-

mehr ein fingirtes, weil die Rekognition der Urkunden selbst nur eine fingirte ist. Allein die Wirkungen, welche die wirkliche Rekognition hat, müssen doch der fingirten gleichfalls zukommen! —

Daß nun aber aus der wirklichen oder fingirten Rekognition der Urkunden in der That ein Geständniß der Klage zu folgern sei, wenn der Beklagte nicht antwortet, kann schlagender noch auf folgende Weise dargethan werden.

2) Mit der wirklichen oder fingirten Anerkennung der Urkunden ist der Beweis des Klagegrundes vollständig geliefert. Diese Wirkung hat die poena recogniti unzweifelhaft.

Ist aber der Klagegrund vollständig liquid, so erscheint die Antwort auf denselben, die Einlassung des Beklagten, — wenigstens für den Richter — als vollkommen überflüssig, und braucht also auch nicht durch eine Fiktion ersetzt zu werden, wenn sie unterlassen wurde. Der Richter ist ja über den status causae et controversiae aufgeklärt und hat zu seiner Information die Antwort des Beklagten nicht nothwendig, er kann judiziren, wenn dieser auch total ungehorsam ist, oder wenigstens nicht litem contestirt hatte. Wie muß nun aber im ersten Falle erkannt werden? — Da die Klage erwiesen, der nicht erschienene Beklagte mit allen seinen Einreden auszuschließen ist, so kann nicht anders als definitive gesprochen, d. h. der Beklagte verurtheilt werden. —

Die C. G. O. von 1555 l. c. steht diesem auf rationellem Weg gefundenen Resultat nicht entgegen, denn sie hat einmal:

a) bloß den Fall der liquiden Klage vor Augen, sonst würde sie nicht von Fristbestimmung für die Beweisung der Artikel sprechen, bei liquider Klage kann von einer Verpflichtung des Klägers zum Beweise keine Rede sein.

Sodann kann die C. G. O.:

b) Auf unsern Fall schon deshalb keine Anwendung erleiden, weil der Vortheil, welchen die Verbindung des

Urkundenbeweises mit der Klage dem Kläger gewährt, nämlich die poena recogniti, erst durch den J. R. A. §. 39 eingeführt wurde.

Aber nicht bloß auf positivem, sondern auch auf rationellem Gebiet läßt sich die sub 2 versuchte Argumentation und darauf gebaute Entscheidung angreifen.[5]) Wie läßt es sich rechtfertigen — kann man einwenden und hat man eingewendet — den Beklagten mit seinem direkten Gegenbeweis wider die liquide Klage auszuschließen? — Dieser Gegenbeweis wäre nur dann nicht zuzulassen, wenn die Klage als zugestanden betrachtet werden müßte. Dieß ist aber nicht der Fall, weil die unterlassene Antwort wegen Liquidität der Klage überhaupt nicht als geschehen betrachtet werden muß. Die Klage wurde bewiesen und zwar urkundlich erwiesen. Wider den durch Urkunden nachgewiesenen Satz gibt es aber bekanntlich einen direkten Gegenbeweis, selbst wenn die Urkunde documenta publica sind. Wie kann man nun den Beklagten mit diesem Gegenbeweis ausschließen, welcher denkbar ist, wenn er auch selten vorkommen wird, und zu dessen Antretung der

[5]) Kann man in Wahrheit sagen, daß die Antwort des Beklagten für den Richter überflüssig sei? Richtet sich nicht das erste Urtheil zunächst darnach, wie diese Antwort ausfällt? — Muß nicht der Beklagte absolvirt, resp. auf Beweis seiner Einreden erkannt werden, wenn er die Klage einräumt, und muß nicht auf Beweis der Klage gesprochen werden, ungeachtet des schon gelieferten Beweises, wenn der Beklagte die Klage widerspricht. — also bei liquidem Klaggrund ganz so, wie bei illiquidem? —

Dieser Einwurf ist leicht zu widerlegen. Allerdings hängt das Urtheil auch bei liquidem Klagegrund von der Antwort des Beklagten ab. Allein dessenungeachtet ist die Antwort für den Richter nicht nothwendig. Hängt ja der Inhalt des Urtheils nicht minder davon ab, ob der Beklagte Einreden, der Kläger Repliken vorbringt und doch ist das Vorbringen der Einreden und Repliken eine Handlung, die nur für die Partei, nicht für den Richter, nothwendig erscheint. Judiziren kann der Richter, der Beklagte mag Einreden vorgeschützt haben oder nicht; das Urtheil fällt aber anders aus, je nachdem der Beklagte excipirte oder bloß litem contestirte. Hat dagegen der Beklagte bei illiquidem Klagegrund nicht litem contestirt, so kann der Richter so lange nicht judiziren, bis die Antwort nachgeholt oder durch eine Fiktion ergänzt ist.

Beklagte noch nicht aufgefordert wurde, ja gar nicht aufgefordert werden konnte, da keine eigentliche Beweisanticipation, sondern bloß Verbindung des Beweises mit der Klage vorliegt? — Zur Vorbringung seiner Einreden wurde der Beklagte aufgefordert, mit den Einreden kann er daher präkludirt werden, wenn er total ungehorsam ist, nicht aber auch mit dem Gegenbeweis, dazu muß er jetzt erst aufgefordert werden.[6]) Eine Ausschließung des Gegenbeweises wäre eine Verletzung des audiatur et altera pars. Hat Kläger die Wahrheit seines Angriffs bewiesen, so muß es doch auch dem Beklagten gestattet werden, wenn er es vermag, die Unwahrheit dieses Angriffs, d. h. der Klage, darzuthun.

Auf diesen Einwurf ist jedoch Folgendes zu erwidern:

Allerdings ist wider die durch Urkunden liquid gemachte Klage ein Gegenbeweis möglich; allerdings ist der Beklagte ad reprobandum noch nicht aufgefordert worden; aber dennoch muß er mit diesem Gegenbeweis ausgeschlossen werden, weil er mit der Antwort zu präkludiren ist.

Sind nämlich der Klageschrift Urkunden beigelegt, und ist hiedurch der Klagegrund erwiesen, weil die Dokumente vom Beklagten rekognoszirt wurden, oder in Folge seiner Nichterklärung für rekognoszirt gelten, oder ist der Klagegrund erwiesen, ehe noch der Beklagte ad excip. aufgefordert wurde, weil die Urkunden instrumenta publica sind und daher keiner Rekognition bedürfen, — so ist die Antwort des Beklagten auf den Klagegrund für den Richter überflüssig. Da sie aber doch abverlangt werden soll und zwar nach ausdrücklicher Vorschrift des

J. R. A. §. 39: („— — so soll der Antworter auf die documenta seine Nothdurft zu verhandeln schuldig sein ꝛc. ꝛc., jedoch daß er nichts desto weniger auf den Libell, wie oben steht, antworte.")

---

[6]) Daher sagt auch Osterloh in seinem Lehrbuch S. 366 Note 5 bezüglich der Beweisanticipation:

„Das Recht zum Gegenbeweis kann dem Gegner dadurch nicht abgeschnitten werden, da er zur Antretung dieses Gegenbeweises im ersten Verfahren nicht genöthigt werden kann."

so kann dieß bei öffentlichen Urkunden einzig und allein im Interesse des Beklagten geschehen. Die Antwort des Beklagten steht also hier auf gleicher Linie mit den Einreden, sie dient einzig und allein zu seiner Vertheidigung. Und dasselbe ist der Fall bei rekognoszirten oder für rekognoszirt geltenden Privaturkunden, wie wir oben gesehen haben. Ist daher in solchen Fällen die Antwort unterlassen worden, so tritt keine Fiktion wie bei den Einreden, sondern Präklusion ein.[7]) Wie der Beklagte mit den nicht vorgebrachten Einreden, gerade so muß er auch

[7]) Nach der herrschenden Ansicht soll bei solchen Handlungen, die für den Richter nothwendig sind, d. h. bei Einlassungen und Antworten, die Präklusion nichts helfen, weil zum Fortgang des Prozesses der Vollzug jener Handlungen nothwendig ist, durch die bloße Präklusion aber eine Lücke entstünde, der Prozeß also nicht fortgesetzt werden könnte. Es muß daher nach der communio opinis angenommen werden, die Handlung sei auf irgend eine Art vollzogen. Vgl. v. Bayer 7. Aufl. S. 283 und 8. Aufl. S. 502. a. A. Wetzell System 2. Aufl. S. 119.

Allein die Präklusion der Antwort führt ja zu der Annahme, daß die Einlassung geschehen sei, sie hat daher allerdings einen Zweck, und führt gerade so gut zum Ziel, wie die Präklusion der Einreden. Die Präklusion der Antwort ist nämlich Fiktion affirmativer L.-C. oder die poena confessi. Gleichwie der Ausschluß mit den Einreden das Verbot enthält, Einreden nachzubringen so enthält die Präkludirung der Antwort das Verbot, die Klage zu widersprechen. Denn Ausschluß ist Entziehung eines Vortheils zur Strafe des Ungehorsams; ein Vortheil für den Beklagten ist aber nur die negative Antwort also der Widerspruch. Ist nun dem Beklagten zur Strafe seines Ungehorsams das Widerspruchsrecht entzogen so muß die Klage als zugestanden gelten. — Da nun aber bei versäumter Antwort auf die Klage, Exception, Replik &c. nach gemeinem Recht, — den Fall liquider Klage ausgenommen — nicht die poena confessi eintritt, sondern die Klage als widersprochen fingirt wird, so müssen wir meines Erachtens sagen: die Präklusion der Antwort ist im Schriftenwechsel zwar ungesetzlich, nicht aber zwecklos! —

Aber auch die Fiktion des Widerspruchs ist nicht nothwendig nach Brakenhöft's Erörter. S. 512 und 517.

Denn die Beweisauflage über die Klage, sagt Brakenhöft, erfolgt nicht, weil fingirt wird, die Einlassung sei negativ geschehen, sondern weil die Klagsthatsachen noch ungewiß sind. — Für die Fiktion spricht indessen nicht bloß die Auffassung des Röm. Rechts, sondern sogar die gelegenheitliche Ausdrucksweise desselben. Vgl. c. 2 Cod. (3. 19) („tanquam lite contestata"). Wetzell System S. 119. Note 88.

mit der nicht abgegebenen Antwort präkludirt werden. Die Präklusion der Antwort ist aber die Präklusion des Widerspruchs; denn nur dann, wenn die Antwort negirend ausfällt, dient sie zur Vertheidigung des Beklagten. Wird aber der Beklagte mit dem Klagswiderspruch ausgeschlossen, so muß er selbstverständlich auch mit dem Gegenbeweis präkludirt werden. Denn einmal:

a) besteht eben die Wirkung jener Vertheidigung des Beklagten, welche durch Klageabläugnung geschieht, einzig und allein in der Möglichkeit des Gegenbeweises, da ja der Klag'sbeweis bereits geführt ist. Verbietet man nun dem Beklagten, nein zu sagen, so verbietet man ihm natürlich auch, sein Nein zu erweisen! —

Sodann folgt:

b) Aus der Präklusion des Widerspruchs selbstverständlich die Fiktion des Geständnisses; denn verbietet der Richter einer Partei, als Folge ihres Ungehorsams, einen Angriff zu widersprechen, so nimmt er an, dieser Angriff sei eingestanden. Gilt aber der Angriff, hier die Klage, für zugestanden, so ist auch der Gegenbeweis ausgeschlossen, weil es wider das gerichtliche Geständniß keinen Gegenbeweis gibt, dieses mag nun ein wirkliches oder fingirtes Geständniß sein.

Ein Recht auf Gegenbeweis hat allerdings nur derjenige, welcher den vorausgehenden Angriff widersprochen hatte, oder von dem wenigstens fingirt werden muß, er habe denselben abgeleugnet. Wie die Vorschützung von Einreden die conditio sine qua non ist für die Zulassung zum indirekten Gegenbeweis, ebenso ist der wirkliche oder fingirte Widerspruch der Klage die conditio sine qua non für die Zulassung zum directen Gegenbeweis.

Da nun in unserem Fall der Beklagte total ungehorsam gewesen, so konnte er auch die Klage nicht widersprechen, und da die letztere bereits vollständig und zwar durch Urkunden erwiesen ist, sonach überhaupt keine Antwort auf dieselbe nothwendig erscheint, so darf sie auch nicht als widersprochen fingirt

werden, vielmehr muß der Beklagte wie mit den Einreden, so auch mit der negativen Antwort und also mit dem Gegenbeweis ausgeschlossen werden, die Klage gilt daher als zugestanden und es kann folglich nicht anders, als definitive, auf Verurtheilung des Beklagten gesprochen werden.

Hiemit ist denn auch bewiesen, daß im peremtorischen Ladungsdekret bloß die poena recogniti und der Ausschluß mit den Einreden, nicht aber auch die poena liquidi et confessi angedroht zu werden braucht, denn die letztere folgt von selbst aus der ersteren. Dagegen wird es empfehlenswerth sein (wenn auch nicht nothwendig), dem Beklagten den Ausschluß mit allen Einreden und mit der Antwort anzudrohen.[7]) Der Richter aber hat in dieser Beziehung die Wahl, ob er die poena recogniti schon bei der ersten dilatorischen Aufforderung ad excipiendum androhen, oder erst mit der widerholten peremtorischen Aufforderung zur Vernehmlassung verbinden will. Der erste Weg ist ohne Zweifel zweckmäßiger als der zweite. Denn excipirt der Beklagte innerhalb der ersten dilatorischen Frist, ohne sich auf die Urkunden zu erklären, so kann er zwar mit allen nicht vorgebrachten Einreden präkludirt (siehe die Abhandlung I.), nicht aber in die poena recogniti verfällt werden, wenn diese nicht angedroht wurde, es geht somit dem Kläger der Vortheil verloren, welchen die Verbindung des Beweises mit der Klage gewähren soll.

Am besten wird eben der Richter thun, wenn er — was ja nach gemeinem Recht erlaubt ist — schon die erste Ladung in beiden Beziehungen peremtorisch stellt und also den Beklagten sub poena recogniti und bei Vermeidung des Ausschlusses mit den Einreden (und der Antwort) vorladet.

Es entsteht aber nun die weitere Frage:

---

[7]) Das bayer. Recht, welches die poena liquidi et confessi im Fall totalen Ungehorsams auf die urkundlich belegte Klage gesetzlich sanktionirt hatte

Nov. v. J. 1837. §. 18 Abs. 2.

verlangt auch die ausdrückliche Androhung derselben.

Nov. v. J. 1837. §. 18 Abs 2.

II. Wie ist zu verfügen, resp. zu erkennen, wenn der Beklagte peremtorisch zur Erklärung auf die Urkunden, aber bloß dilatorisch zur Beantwortung der Klage aufgefordert wurde und total ungehorsam ist? —

Ohne Zweifel gelten hier die Urkunden als inspizirt resp. rekognoszirt, wenn Kläger nach verstrichener Frist contumaciam accusirt. Dagegen kann der Beklagte mit seiner Antwort und seinen Einreden nicht ausgeschlossen werden, sondern ist wiederholt und peremtorisch ad exc. aufzufordern, denn:

1) der dilatorisch geladene Beklagte kann — das steht fest — nicht wie ein peremtorisch geladener behandelt werden, er muß also neuerdings und unter dem Rechtsnachtheil geladen werden, daß er, sollte er wieder ausbleiben, mit allen seinen Einreden ausgeschlossen werden würde.

Ferner steht fest:

2) daß der Klagegrund als vollkommen liquid und erwiesen gilt, weil eben der Beklagte keine Erklärung auf die demselben beigelegten Urkunden abgegeben hatte, wozu er doch sub poena recogniti, also peremtorisch, aufgefordert war.

Dagegen könnte es

3) zweifelhaft erscheinen, ob der Klagegrund nicht auch als eingestanden angenommen werden müsse, ob also der Beklagte in secundo termino die Klage noch ableugnen dürfe.

Für die Verhängung der poena confessi scheint zu sprechen, daß ja die Urkunden für rekognoszirt gelten, aus der poena recogniti aber, wie sub I. nachgewiesen wurde, selbstverständlich und sofort die poena confessi folgt, wenn die Klage nicht widersprochen wurde. — Gegen die Verhängung der letztern kann aber mit gutem Grund folgendes geltend gemacht werden:

Allerdings liegt in der fingirten wie in der wirklichen Rekognition der Urkunden eine stillschweigende Anerkennung ihres Inhalts und also ein thatsächliches Geständniß des Klaggrundes; allein dieses Geständniß wird bloß dann angenommen, wenn es nicht durch einen ausdrücklichen Widerspruch der Klagsfacta

sofort entkräftet, resp. im Keim erstickt wird. Nun ist freilich in unserm Fall dieser Widerspruch nicht beigefügt worden, denn der Beklagte war ja total ungehorsam. Da er aber zur Klag'sbeantwortung nur dilatorisch geladen war, so hat er in secundo termino Zeit und Gelegenheit, diesen Widerspruch mit seiner anderweitigen Vertheidigung nachzuholen. Die Antwort des Beklagten steht ja hier (wie sub I. gezeigt wurde) auf gleicher Linie mit den Einreden, im Fall ihrer Unterlassung tritt keine Fiktion, sondern Präklusion ein. Sowenig der Beklagte mit den im ersten Termine nicht vorgebrachten Einreden präkludirt werden darf, weil die Ladung bloß dilatorisch war, und er total ungehorsam gewesen, ebensowenig darf er mit der Antwort, dem Klagswiderspruch, ausgeschlossen werden.

Ueber den partiellen Ungehorsam des Beklagten, wenn die Klage durch Urkunden liquid ist, vergl. die III. Abhandlung nr. VI. A. §. 7.

B.

Ueber die Ungehorsamsfolgen, wenn der Klagegrund aus den Vorakten liquid, also notorisch ist.

Selbstverständlich muß hier, wie im vorigen Fall, die Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen werden, und zwar auch dann, wenn derselbe unter dem Princip geladen war, daß die Klage als widersprochen fingirt und er mit den Einreden ausgeschlossen würde.

In diesem Sinn hat unser oberster Gerichtshof in jüngster Zeit — am 11. Juni 1864 — erkannt. Die Blätter für Rechtsanwendung Band 29. S. 343—348 theilen den betreffenden Rechtsfall sammt Erkenntniß und Entscheidungsgründen mit.[8])

---

[8]) Mit Recht heißt es dort:

„Wie aber dann, wenn sich nach Verwirkung der Ungehorsamsfolgen ergibt, daß ein Beweis überhaupt nicht mehr erforderlich, daß weder auf Seite des Klägers ein solcher nothwendig, noch auf Seite des Beklagten ein solcher

C.

Ueber die Ungehorsamsfolgen, wenn für den Klagegrund eine Rechtsvermuthung streitet.

Natürlich kann hier bloß von einer solchen Rechtsvermuthung die Rede sein, deren faktische Prämissen bereits liquid sind; denn sonst wirkt ja die Rechtsvermuthung nicht, sonst ist ja auch der Klagegrund nicht liquid, und kann also auch die Rechtsvermuthung den Kläger nur dann von der Beweislast befreien, wenn der Beklagte erscheint und ihre Prämissen einräumt, nicht aber dann, wenn er sie widerspricht, oder — was die nämliche Wirkung hat — ungehorsam ausbleibt.

Ueber die Ungehorsamsfolgen in diesem Fall haben sich die Schriftsteller Glück, v. Gönner und Seuffert ausgesprochen. Nur haben sie den Fall anders entschieden, als ich denselben in Consequenz des sub A. Gesagten entscheiden zu müssen glaube.

Glück lehrt im Pandekten-Commentar Band 3 S. 515:

---

zulässig ist? — Offenbar gebietet hier die Consequenz des aufgestellten Grundsatzes, daß der Ungehorsame ohne Inzwischenschiebung eines Beweisinterlokuts sofort verurtheilt werde. Der Richter kann ja, wo die Ableugnung des Klagegrundes nach gesetzlicher Vorschrift fingirt wird, nicht anders erkennen, als er erkannt haben würde, wenn diese Ableugnung eine ausdrückliche gewesen wäre. Hätte der Beklagte die Klage beantwortet, die faktischen Grundlagen derselben widersprochen, der Beweis der Klage läge aber in den Vorakten vollständig und unzweifelhaft vor, so müßte der Richter den Beklagten bei der notorischen Wahrheit der Klagsasserte verurtheilen. Gerade dasselbe muß er also auch thun, wenn, ungeachtet der Notorietät über die Wahrheit der Klagsbehauptungen, die Klage wegen Ungehorsams als abgeleugnet gilt. Der Beklagte darf nicht wegen seines Ungehorsams dadurch belohnt werden, daß der Kläger einen schon vorliegenden Beweis nochmals zu erbringen hat, den er nicht zu erbringen hätte, wenn der Beklagte dem richterlichen Befehl, die Klage zu beantworten, gehorsam gewesen wäre.

Eine andere Ansicht kann auch nicht durch das Bedenken begründet werden, daß dem Beklagten durch das verurtheilende Erkenntniß der Gegenbeweis gegen die Klagsbehauptungen abgeschnitten werde. Denn gegen ein gerichtliches Notorium ist, weil es keines Beweises bedarf, auch ein Gegenbeweis nicht denkbar."

„In Ansehung des Beweises, auf welchen der Kläger in dem Fall, da die Einlassung verneinend geschehen angenommen wird, zu erkennen bitten kann, ist übrigens noch darauf zu sehen, ob nach Beschaffenheit der Klage dem Kläger der Beweis obliegt, oder ob er wegen einer für ihn streitenden rechtlichen Vermuthung davon befreit ist. Im erstern Fall kann der Kläger bitten, ihn zum Beweis seiner Klage zuzulassen. Allein dieses Gesuch würde sehr unschicklich in dem andern Falle sein, da der Kläger den Beweis zu führen nicht verbunden ist. In diesem Falle muß er also vielmehr bitten, daß dem Beklagten der Beweis seines vermeintlichen Rechts bei Strafe des Verlusts aufgelegt werden möge."

Ebenso lehrt Gönner im Commentar über das bayer. Prozeßgesetz vom Jahre 1819. S. 104:

„Das Gesetz nimmt in Folge des Ungehorsams die Klage für abgeläugnet an, und läßt den Kläger zum Beweis zu. Nun fragt man, wie verhält es sich, wenn der Kläger in der Negatorienklage[9]) oder bei bestrittenem Familienstande auch in der Confessorienklage, falls er die Rechtsvermuthung eines ehelichen Kindes für sich hat, von der Beweislast frei ist: muß er in Folge des Ungehorsams den Beweis führen, oder welches Mittel hat er, um weder diese Beweislast auf sich zu nehmen, noch den Gegenbeweis zu verlieren?[10]) Die Antwort hierauf gibt der gemeine deutsche Prozeß, welcher vorschreibt, der Kläger werde wegen des beklagtischen Ungehorsams in Ansehung der für abgeleugnet erachteten

---

[9]) Daß die Negatorienklage kein passendes Beispiel ist, hierüber vergleiche man die Note 13.

Angenommen aber, es streite wirklich eine Rechtsvermuthung für die Freiheit des Eigenthums, so muß doch Kläger das Eigenthum und die Störung desselben durch den Beklagten beweisen, wenn diese Punkte widersprochen werden, oder der Beklagte total ungehorsam ist. Von der Beweislast ist also dann der Kläger doch nicht frei. —

[10]) Von einem Recht auf den Gegenbeweis kann meines Erachtens beim Rechtsvermuther ebensowenig die Rede sein, als von einem Bedürfniß desselben im Fall gegnerischen Ungehorsams. S. hierüber die Note 13 nr. 3 u. 4.

Klage ad ulteriora zugelassen, d. h. zu weiteren rechtlichen Handlungen. Lag ihm nämlich der Beweis ob (oder wollte er ihn freiwillig übernehmen), so bestanden jene ulteriora in dem Beweisantritt. Lag ihm aber der Beweis nicht ob, so bestanden jene ulteriora in dem Antrag auf ein Interlocut, wodurch dem Ungehorsamen die ihm obliegende Beweislast vom Richter aufgelegt wurde. Weil nun der erste Fall frequenter war, so hat die um die Theorie minder sorgfältige Praxis jenen Ausdruck „ad ulteriora zugelassen" in den Ausdruck umgeschaffen „zum Beweise zugelassen." — — Der Kläger wird im Fall des Ungehorsams seines Gegners in Folge der für negativ angenommenen Einlassung auf die Klage zum Beweis zugelassen, aber nicht zum Beweis verbunden. Das Gesetz, welches den Ungehorsamen strafen will, kann gewiß nicht die Absicht haben, ihn zu belohnen, und belohnt wäre er, müßte der Gegentheil die Last des Beweises auch in jenen Fällen auf sich nehmen, wo sie den Ungehorsamen auch bei ausdrücklicher Ableugnung der Klage obgelegen wäre. Hienach ist denn die Frage dahin zu beantworten: er wird zum Beweis zugelassen, wenn ihm die Beweislast obliegt, oder er den Beweis freiwillig übernimmt; er kann aber im entgegengesetzten Fall vom Richter unter Anführung der Gründe verlangen, daß er durch Interlocut dem Ungehorsamen den Beweis auflege."

Gönner's Ansicht folgte auch Seuffert. Vgl. dessen Commentar II. S. 221 der ersten u. S. 282 der zweiten Ausgabe, und

die Blätter für Rechtsanwendung Bd. 26. S. 218.

Am zuletzt angeführten Orte bemerkt er nämlich:

„— — und es ist sodann nach den unbestreitbar richtigen Grundsätzen, wie sie in Gönner's Commentar zum Prozeßgesetz vom 22. Juli 1819 S. 104 flgd. aufgestellt sind, dem ungehorsamen Beklagten der Beweis aufzutragen.[11])

[11]) Nach bayer. Prozeßrecht ist diese Ansicht freilich richtig, aber nicht aus den von Gönner angeführten Gründen, die aufs gemeine Recht Bezug nehmen, sondern nach dem klaren Wortlaut der G.-O. und der beiden Prozeß-

Endlich ist auch unser oberster Gerichtshof in einem Erkenntniß vom 15. Dezember 1860 der Gönnerischen Ansicht gefolgt.

S. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 26. S. 216 u. 217 und unten Note 13.

Nach dem sub A. Vorgetragenen ist es mir aber schlechterdings unmöglich, der Theorie Glück's und Gönner's beizupflichten, wie Seuffert es gethan hat. Es sprechen dagegen alle die Gründe, welche bereits oben sub A. II. nr. 2. ausgeführt wurden.

Hat der Kläger eine Rechtsvermuthung für sich, deren Prämissen notorisch oder sonst liquid sind, so ist der Richter von der Wahrheit des Klagegrundes bereits juristisch überzeugt, und zwar geradesogut, als wenn Kläger eine vollbeweisende Urkunde oder zwei klassische Zeugen beigebracht hätte. Da nun eine Beweisauflage nur über solche Thatsachen möglich ist, die zur Zeit noch ungewiß und zweifelhaft sind, so könnte der Richter in dieser Beziehung bloß dann einen Beweis auflegen,

---

novellen, also nicht bloß auf dem Standpunkt des älteren, sondern auch auf jenem des neuern und neuesten Rechts. Die durch eine Rechtsvermuthung liquide Klage kann, wenn der Beklagte total ungehorsam ist, nicht für eingestanden gelten, weil es:

a) In der G.-O. c. 5. §. 10. nr. 4 heißt, die poena liquidi et confessi finde nur in den Fällen statt, wo sich die Klage lediglich auf briefliche Urkunden gründet; weil

b) Die Nov. v. J. 1819 den fraglichen Contumazialweg gänzlich abgeschafft hatte.

Und weil endlich

c) Die Nov. v. J. 1837, die ihn wiederherstellte, in §. 18. nr. 1 u. 2 wörtlich vorschreibt: „daß die Klage für liquid und eingestanden angenommen werde, wenn sie durch Urkunden begründet, diese dem Richter im Original oder beglaubigter Abschrift vorgelegt und dem Beklagten bei der Ladung abschriftlich mitgetheilt werden, daß aber in jedem andern Falle nach Vorschrift des Prozeßgesetzes vom 22. Juli 1819 §. 6 verfahren, d. h. die Klage für abgeleugnet gehalten, der Beklagte seiner Einreden verlustigt und der Kläger zum Beweis seiner Klage zugelassen werden soll."

Folglich muß die Klage nach bayer. Recht auch dann als widersprochen gelten und der ungehorsame Beklagte zum Beweis ihrer Unwahrheit berechtigt sein, wenn für den Klagegrund eine Rechtsvermuthung streitet.

wenn der Beklagte die Klage ungeachtet der für sie sprechenden Rechtsvermuthung widersprochen hätte, denn nur dann wäre der Klagegrund bestritten, und also noch ungewiß und zweifelhaft. Die Rechtsvermuthung läßt ja einen Entkräftungsbeweis zu; zur Antretung desselben ist aber nothwendig, daß deren Schlußsatz widersprochen werde. Weil nun der Beklagte nicht erschienen war, so konnte er auch die Klage nicht widersprechen; und weil die letztere bereits liquid ist, so kann auch von keinem fingirten Widerspruch die Rede sein.[12]) Da nun überhaupt kein Widerspruch vorliegt, weder ein wirklicher noch ein fingirter, und also auch kein Gegenbeweis zuläßig ist, so kann nicht auf Beweis gesprochen, sondern es muß definitive gegen den Beklagten erkannt, derselbe somit nach dem Klagspetitum verurtheilt werden. Der den Beklagten wegen seines Ungehorsams treffende Rechtsnachtheil ist also auch hier die poena liquidi et confessi.

Zur Verhängung derselben ist aber natürlich peremtorische Ladung nothwendig, d. h. der Beklagte muß unter dem Präjudiz geladen worden sein, daß er im Fall des Ungehorsams mit allen seinen Einwendungen ausgeschlossen würde. Und gewiß wird es zweckmäßig, wenn auch nicht gerade nothwendig sein, auch den Ausschluß der Antwort anzudrohen. S. oben A. II.

Angenommen aber auch, es müßte auf Beweis gesprochen werden, so dürfte doch nach meinem Dafürhalten nicht dem Beklagten der Entkräftungsbeweis, sondern es wäre dem Kläger der Klagsbeweis aufzulegen, um ihm Gelegenheit zu geben, seine anderweitigen Beweismittel für die Klage beizubringen.

---

[12]) Die Antwort des Beklagten dient dann bloß zu seiner Vertheidigung, für den Richter ist sie völlig überflüssig. Ist sie daher unterlassen worden, so tritt keine Fiction, sondern ganz wie bei den Einreden, Präklusion ein. Präklusion der Antwort ist aber soviel als Präklusion des Widerspruchs, weil nur der Widerspruch eine Vertheidigung ist. Wird aber der Beklagte mit dem Recht, zu widersprechen, präkludirt, so muß er auch mit dem Beweis des Widerspruchs, d. h. mit dem Gegenbeweis ausgeschlossen werden, obwohl er zu dessen Antretung noch gar nicht aufgefordert worden war. —

Freilich ist auch diese Theorie neu, und verstößt gegen die communis opinio, daß Rechtsvermuthungen von der Beweislast und also auch von der Beweisauflage befreien. Ich glaube jedoch, meine abweichende Ansicht in der Abhandlung X gerechtfertigt zu haben, und verweise daher darauf.[13])

Ueber den partiellen Ungehorsam des Beklagten, wenn für den Klagegrund eine Rechtsvermuthung streitet

S. die IV. Abhandlung nr. V. B. §. 8.

---

[13]) Unser Oberappellationsgericht ist in einem Erkenntniß der neuesten Zeit von der Gönnerischen Ansicht ausgegangen. Der Rechtsfall, welchen die Blätter für Rechtsanwendung im 26. Bd. S. 215 flgd. mittheilen, ist folgender:

Die Hospitalstiftung A, aus deren Waldnutzungen B, als Besitzer eines Armenhauses zu M, jährlich eine Klafter Rechtholz und zwar, wie die Stiftung behauptet, nur in mittlerer Qualität und in einer dem jedesmaligen Holzhieb entsprechenden Mischung zu beziehen hat, war gegen diesen Forstrechtler, weil er seine Klafter ohne Rücksicht auf den Holzhieb zu einem Theil in weichem und zum andern Theil in hartem Holz prätendirte, mit der Negatorienklage aufgetreten und hatte gebeten: zu erkennen, daß sie nur eine Klafter mittlerer Qualität in der Mischung, wie sie der jedesmalige Holzhieb ergebe, anzuweisen verbunden sei. Diese Klage wurde in Folge des Ungehorsams des Beklagten als abgeleugnet angenommen, und Beklagter seiner Einreden gegen dieselbe als verlustig erklärt, worauf sodann die erste Instanz der Klägerin den Beweis auflegte, daß Beklagter das Holz nur in der von ihr behaupteten Qualität anzusprechen befugt sei.

Auf klägerische Berufung erkannte die zweite Instanz nach dem Klagantrag, indem sie ausführte, der Umstand, daß Beklagter nicht geantwortet habe, könne nicht dazu führen, der Klägerin den negativen Beweis der gegnerischen Prätension aufzubürden.

Auf eingelegte Revision des Beklagten legte der oberste Gerichtshof diesem zu beweisen auf: es stehe ihm das Recht zu, daß ihm seine Klafter zu einem Theil in weichem, zum andern Theil in hartem Holz ohne Rücksicht auf den jeweiligen Stand des Holzschlags von der Klägerin angewiesen und verabreicht werde. --

Ich halte keines dieser Erkenntnisse für richtig.

An dem Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß insbesondere, glaube ich, könnten vier Ausstellungen gemacht werden.

1) Es ist in demselben, wie in den vorausgegangenen zwei Urtheilen, unterlassen worden, jene Thatsachen, welche unbestritten zum Klagegrund gehören, und die also wegen des Ungehorsams des Beklagten als widersprochen gelten, zum Beweis auszusetzen, nämlich:

a) das Eigenthum des Klägers an den betreffenden Waldungen, und

b) die Verletzung desselben durch den Beklagten in der vom Kläger angegebenen Weise.

Die Klage wurde ja wegen des beklagtischen Ungehorsams als abgeleugnet angenommen, ja die erste Instanz legte sogar dem Kläger über die Freiheit seines Eigenthums Beweis auf, warum also nicht über das Eigenthum selbst und seine Verletzung durch den Beklagten? —

Angenommen auch, beide Punkte wären gerichtsbekannt, so blieb dieses in Blättern a. a. O. unerwähnt.

2) Es ist zwar eine äußerst bestrittene Frage, ob Kläger die Freiheit des Eigenthums beweisen müsse oder ob dieselbe präsumirt werde; doch wird jetzt ziemlich allgemein angenommen, daß Kläger in dieser Beziehung vom Beweis befreit sei, daß nicht die Freiheit des Eigenthums, sondern das Eigenthum selbst den Grund der Negatorienklage bilde und demnach die Behauptung der Servitut eine wahre Einrede sei.

Vgl. Vangerow I. S. 705.
Dr. Witte in Linde's Zeitschrift.
Arndt's Pandekten. S. 257.

Auch unser O.-A.-G. hielt an der richtigen Ansicht insoferne fest, als es aussprach, daß die Freiheit des Eigenthums präsumirt werde, Kläger also dieselbe nicht zu beweisen brauche, und folglich das Urtheil erster Instanz zu verwerfen sei. Doch wich es von jener Ansicht insoferne wieder ab, als es die Einwendung des Beklagten, das Eigenthum sei in dem fraglichen Punkte beschränkt, für keine Einrede, sondern für eine Negation erklärte, und also den mit der Exception ungehorsamen Beklagten nicht damit präkludirte.

Die Unrichtigkeit dieser Anschauung hat bereits Seuffert in der Nachschrift zu den von ihm mitgetheilten O.-A.-G.-E. sehr gründlich dargelegt.

Vgl. die Blätter für Rechtsanwendung a. a. O. S. 218—222.

Auf einem anderen und kürzeren Wege soll hier versucht werden, den Beweis zu führen, daß die Behauptung der Servitut oder ähnlicher Berechtigung eine Einrede, daß also die Auffassung unseres obersten Gerichtshofes eine irrige sei. In den Motiven seines Erkenntnisses heißt es:

„der Ungehorsam des Beklagten könne an der diesem sonst obliegenden Beweispflichtigkeit*) keine Aenderung hervorbringen; derselbe sei nur seiner Einreden verlustig, nicht aber seiner Gegenbeweise gegen die Klage und die zu präsumirende Freiheit des Eigenthums; die Behauptung der Berechtigung des Beklagten zu besserem Holz sei aber keine Einrede, sondern ein Klagswiderspruch ꝛc. ꝛc.“

Das O.-A.-G. ging also von der Ansicht Gönners aus (s. oben S. 38), daß für die Freiheit des Eigenthums eine Rechtsvermuthung streite, daß daher der Servitutenbeweis des Beklagten kein Einredebeweis,

*) Sollte eigentlich heißen: Beweisberechtigung.

sondern ein Entkräftungsbeweis wider die Rechtsvermuthung, ein direkter Gegenbeweis sei. Allein von einer Rechtsvermuthung im engern und eigentlichen Sinne kann bloß dann gesprochen werden, wenn eine Partei, der nach allgemeinen Regeln die Beweislast obliegt, in concreto davon frei ist, weil sie ein Factum für sich hat, von dessen Wahrheit auf das zu beweisende Faktum geschlossen wird. Vom Beweis der Freiheit seines Eigenthums ist aber der Kläger in allen Fällen und unter allen Umständen befreit, man kann daher von keiner Rechtsvermuthung für die Freiheit des Eigenthums sprechen, der dem Gegner obliegende Beweis des Gegentheils muß also ein Einredebeweis sein. Man sagt ja auch, die bona fides des Besitzers, die bona mens des Testators, der status virginitatis, überhaupt die Fortdauer eines Zustandes werde präsumirt, und doch fällt es Niemanden ein, den Beweis des Beklagten, Kläger sei in mala fide, einen direkten Gegenbeweis zu nennen, die bezügliche Einwendung gilt vielmehr überall als wahre Einrede, der Beweis derselben somit als indirekter Gegenbeweis. Würde für die bona fides, die bona mens etc. und also auch für die Freiheit des Eigenthums eine Rechtsvermuthung streiten, so müßten wir zuletzt den Satz aufstellen, daß eine Rechtsvermuthung für alle die Thatsachen spricht, über deren Contrarium dem Gegner die Beweislast obliegt. Mit Recht lehrt Weber in seiner gediegenen Schrift:

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 131.

„Wenn die Gesetze eine gewisse Thatsache ohne Beweis nicht als wahr angenommen wissen wollen und daher Demjenigen, dessen Anträge von der Richtigkeit jener Thatsachen abhängen, ihre rechtliche Bewahrheitung zur Pflicht machen, so folgt daraus noch nichts weiter, als daß der faktische Grund seines Antrags keine gesetzliche Vermuthung für sich habe; hingegen keineswegs läßt sich daraus schon abnehmen, daß eine Rechtsvermuthung wider ihn, mithin für das Gegentheil vorhanden sei."

Ebenso sagt Seuffert in seinem Commentar Bd. 3 S. 231 (nach Weber's Vorgang): „Die aus der allgemeinen Regel über Beweislast fließende Nichtverbindlichkeit, die Fortdauer des Rechtsverhältnisses darzuthun, wird unrichtig aus einer angeblichen Rechtsvermuthung für die Fortdauer abgeleitet und sonach als exceptionell betrachtet. Auch Kreittmayr in den Anmerkungen zur G.-O. macht sich dieses Verstoßes schuldig." —

Wir dürfen daher nicht sagen, die Freiheit des Eigenthums werde präsumirt, sondern wir müssen sagen, die Belastung des Eigenthums werde nicht vermuthet.

Die Behauptung des Beklagten, das klägerische Eigenthum sei beschränkt, es stehe ihm eine Servitut zu, ist sonach eine Einrede, kein Klagswiderspruch. Ist sie aber eine Einrede, so muß der Beklagte wegen seines Ungehorsams damit präkludirt werden, es kann ihm also kein Beweis hierüber aufgelegt werden. *)

---

*) Anmerkung. In diesem Sinne erkannte unser O.-A.-G. am 22. März 1827. Der Kläger behauptete, daß in eine ihm eigenthümlich an-

3) Angenommen aber die oberstrichterliche Anschauung sei richtig, die fragliche Einwendung also keine Einrede, sondern eine Negation, so müßte nach gemeinem Recht gemäß der von mir oben entwickelten Theorie der Beklagte wegen seines Ungehorsams doch damit präkludirt werden. Ist nämlich der Klagegrund durch eine für ihn streitende Rechtsvermuthung vollkommen liquid, so kann der Beklagte nur dann zum Entkräftungsbeweis zugelassen werden, wenn er erschienen und die Klage widersprochen hatte. Ist er aber ungehorsam ausgeblieben, so muß er mit der Antwort, die zur Information des Richters nicht nothwendig ist, zu deren Abgabe also keine Verbindlichkeit besteht, geradesogut präkludirt werden, wie mit seinen Einreden. (S. oben S. 33). Doch soll hiemit kein Tadel des O.-A.-G.-E. ausgesprochen werden, weil der Fall selbstverständlich nach bayerischem Prozeßrecht zu entscheiden war. (S. Note 11.)

4) Angenommen endlich, Gönner's Theorie wäre richtig, der ungehorsame Beklagte könnte also mit seinem Entkräftungsbeweis wider die R. V. auch nach gemeinem Recht nicht ausgeschlossen werden, so würde ich doch diesen Gegenbeweis im Interlokut bloß vorbehalten, nicht aussetzen, ich würde also dem Rechtsvermuther den Beweis der Freiheit seines Eigenthums aufgeben, obwohl er diesen Beweis bereits durch die Rechtsvermuthung geliefert hat; bloß um ihm die Möglichkeit abzuschneiden, seine anderweitigen Beweismittel für die Freiheit des Eigenthums, auf dem Weg einer reprobatio reprobationis einzubringen.

Vgl. das Nähere in meiner Abhandlung X.

---

gehörige Mauer der Beklagte unbefugt einen Thürstock habe einsetzen lassen, der letztere blieb mit der Antwort aus. Es wurde erkannt, daß dem Kläger der Beweis seiner Klage aufzulegen, daß aber dem Beklagten bloß der direkte Gegenbeweis über das Eigenthum der Mauer vorzubehalten sei, und dieser Ausspruch lediglich dadurch motivirt, daß nicht angenommen werden könne, daß Beklagter eine Servitut angesprochen habe, d. h. daß exceptio servitutis geltend gemacht worden sei, da Beklagter wegen seines Ungehorsams mit der Antwort auf die Klage contumazirt werden mußte.

IV. Abhandlung.

Vom partiellen Ungehorsam des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung.

Siehe meine Abhandlungen in der Gießner Zeitschrift Bd. 9. S. 310 bis 339 (1852) und in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 17. S. 257 flgd. Siehe auch meine vergleichende Darstellung des gemeinen und bayer. Prozesses (Erlangen 1854, bei Palm u. Enke) S. 101 flgd.

Von einem partiellen Ungehorsam spricht man dann, wenn eine Partei innerhalb der ihr gesetzten Frist oder an dem ihr gegebenen Termine zwar handelt, jedoch nicht gehörig, oder nicht vollständig.

Ein partieller Ungehorsam des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung liegt daher in folgenden Fällen vor:

I. Wenn er litem contestirte, ohne die ihm zu Gebot stehenden Einreden vorzuschützen.

II. Wenn er Einreden vorbrachte, ohne litem zu contestiren.

III. Wenn er auf den historischen Klagegrund nur unvollständig antwortete, oder seine Einreden nicht gehörig substantiirte.

IV. Wenn er eine rechtliche Gegendeduktion vorbrachte, ohne litem zu contestiren.

Endlich:

V. Wenn er bei liquidem Klagegrund entweder nicht litem contestirte, oder über die Echtheit der Urkunden, welche der Klage beigelegt wurden, keine Erklärung abgab.

§. 1.

I. Der Beklagte hatte litem contestirt, ohne Einreden vorzubringen.

Meines Erachtens trifft ihn hier sofort der Ausschluß mit den nicht vorgebrachten bilatorischen sowohl

als peremtorischen Einreden,[1]) wenn auch die Ladung nur dilatorisch gewesen, die Exceptionsfrist noch nicht abgelaufen, und kein Contumazialanrufen vorausgegangen war.[2]) Es wird demnach der partielle Ungehorsam härter bestraft, als der totale.

Die gewöhnliche Meinung verlangte bisher, weil eine poena contumaciae specialis verhängt werden soll, geradeso wie beim totalen Ungehorsam — das Dasein der drei Voraussetzungen zur Verhängung der speziellen Ungehorsamsfolgen, nämlich peremtorische Ladung, Ablauf der Frist und Contumazialbeschuldigung des Gegners.

v. Bayer 7. Aufl. S. 284 und 8. Aufl. S. 38.

wenigstens doch die peremtorische Ladung

v. Bayer 7. Aufl. S. 378. Heffter Institut. S. 344 nr. 40. Heffter System §. 364. S. 451.

Der von mir aufgestellten gegentheiligen Ansicht folgten aber

---

[1]) Ausgenommen von der Präklusion im Fall des partiellen, wie auch des totalen Ungehorsams sind übrigens:

a) Jene Einreden, deren historisches Substrat der Kläger selbst im Klaglibell eingeräumt hatte.

Sodann

b) Jene Einwendungen, wodurch ein Mangel der Klageschrift behauptet wird (exc. libelli inepti vel obscuri).

Ferner:

c) Die sogenannten Nullitätseinreden, die gleichfalls ex officio supplirt werden müssen.

Sodann

d) Jene Einreden, die erst später entstanden, resp. erst später zur Kenntniß des Beklagten kamen, und endlich

e) die sogenannten privilegirten Einreden, die noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden können.

Das Contumazialurtheil, welches den Ausschluß der Einreden ausspricht, soll übrigens erst dann erlassen werden, wenn der Beklagte Einreden nachschleppen will.

[2]) Uebereinstimmend ist das bayerische Recht.

Vgl. G.-O. c. 6 §. 2 und

meine vergleichende Darstellung S. 103. Note 1.

v. Bayer in der 8. Aufl. S. 651 flgd. (Abweichend S. 38!)
Osterloh im System S. 73 und
Renaud im Lehrbuch S. 185, 606 u. 616.

Mich bestimmten hiezu folgende rationelle und positive Gründe:

1) Genau genommen kann hier von einem Ungehorsam des Beklagten noch gar nicht gesprochen werden.

Vgl. Goldschmid über L.-C. und Einreden S. 67.

Es frägt sich ja erst, ob der Beklagte überhaupt Einreden hat, und wenn ja, ob er sie auch zu benützen gedenke.

Vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 496–97.

Erst dann, wenn er Einreden nachschleppen wollte, sei es nach eingereichter Exceptionsschrift, oder nach verstrichener Exceptionsfrist, — erst dann könnte man sagen, der Beklagte war damals partiell ungehorsam, als er seine Vertheidigungsschrift bloß für die Einlassung, nicht auch für die Einreden benutzte. Indessen wird auch hier — wie in so manchen andern Fällen — die bloße Möglichkeit gleich der Wirklichkeit genommen, und der Beklagte mit den nicht vorgebrachten Einreden präkludirt, zwar nicht explicite, aber doch implicite, ehe man noch weiß, ob er überhaupt welche vorbringen könne und wolle. Aber eben, weil man dieses nicht weiß, und weil die Vermuthung dagegen spricht, daß der Beklagte Einreden habe oder benützen wolle, da er sie in diesem Fall doch gewiß vorgebracht hätte, — eben deßhalb wäre es ungeräumt, wenigstens prozeßverzögernd:

a) dem Beklagten, der gar nicht als ungehorsam erscheint, da er ja litem contestirt hatte, eine neue peremtorische Frist ad excip. zu geben, weil er innerhalb der ersten dilatorischen Frist keine Einreden vorgebracht hatte.

Es wäre prozeßverzögernd:

b) den Ablauf der Frist abzuwarten, und bis dahin die Mittheilung ad replicandum zu verschieben, bloß um dem Beklagten Zeit und Gelegenheit zu Nachträgen zu geben.

Es wäre endlich ungeräumt:

c) mit der Präkludirung der nicht vorgebrachten Einreden

ungeachtet der verstrichenen peremtorischen Frist bis zur erfolgten Contumazialbeschuldigung des Klägers zu warten und bis dahin noch Nachträge zu gestatten. Denn ehe der Ungehorsam vorliegt, d. h. bevor der Beklagte Einreden nachschleppt, kann doch von einer Ungehorsamsbeschuldigung keine Rede sein, nachher aber hätte sie keine Wirksamkeit, weil ja dann eine purgatio contumaciae vorliegt! —

2) Anlangend die positiven Gründe, so habe ich mich zur Motivirung meiner Ansicht auf die Reichsgesetze, besonders auf den

J. R. A. §§. 37, 38 und 78

berufen. Im §. 37 wird dem Beklagten zur Pflicht gemacht:

„in primo hoc termino zu erscheinen, und in diesem Termine auf die Klage kurz, nervose und deutlich rc. rc., specifice und auf jeden Punkt mit allen seinen Umständen anzuzeigen, wie auch, was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal bei Strafe der Präklusion einzubringen; doch hievon die Declinatorien fori, wie hernach im §. 40 zu sehen, ausgeschieden."

Offenbar knüpft hier der J. R. A.:

a) Die Gleichzeitigkeit des Vorbringens aller Einreden und der Einreden mit der Einlassung schon an den ersten Termin und an die eingebrachte Handlung, — und macht

b) Die Präklusion der nicht gleichzeitig vorgebrachten Einreden allein von ihrer Nachschleppung, nicht von einer Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers abhängig.

Dagegen wurde nun freilich von v. Bayer in der

8. Aufl. S. 652 und 653,

unter Bezugnahme auf

Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses §. 235,

mit Recht erinnert, daß im kammergerichtlichen Prozeß schon der erste Termin stets ein peremtorischer war, daß dieser Prozeß ein Verfahren mit Tagefahrten, nicht-

aber in Fristen gewesen[3]), die unbedingte Anwendung dieser Grundsätze in dem herkömmlichen gemeinrechtlichen Verfahren also bezweifelt werden könnte. Allein S. 653 gibt v. Bayer selbst zu, daß die Praxis von dem Grundsatz abgegangen sei, daß ohne Versäumung einer peremtorischen Frist die Präklusion der Einreden nicht stattfinden könne. Und S. 654 bemerkt er unter Bezugnahme auf

meine Abhandlung vom Jahr 1852,

des Weiteren:

„Und für diese Abweichung sprechen auch überwiegende Gründe. Denn wenn auch der Beklagte nur dilatorisch zum Antworten und Excipiren aufgefordert wird (und wenn er auch hiezu volle 30 Tage Zeit hat), so wird ihm doch im J. R. A. zur Pflicht gemacht, beide Handlungen zu verbinden, d. h. die Einreden, wenn ihm solche zu Gebote stehen und er sie gebrauchen will, sogleich mit der Einlassung vorzutragen. Contestirt er also bloß den Streit allein, so ist anzunehmen, daß er entweder keine Einrede hatte, oder daß er sie nicht gebrauchen wollte. Auch würde die entgegengesetzte Behandlung unvermeidlich zu Störungen und Verzögerung des Verfahrens Anlaß geben."

Der Beklagte braucht also:

a) Innerhalb der ersten dilatorischen Frist nicht zu antworten. Wenn er aber einmal antwortet, so muß er mit der Antwort alle seine Einreden verbinden. Bei Annahme der gegentheiligen Ansicht müßte der Kläger dem Beklagten neuerdings, oder gleich von Anfang an eine peremtorische Frist ad excip. ertheilen lassen, um gegen das spätere Nachholen von Einreden gesichert zu sein; oder es müßte dem Beklagten freistehen, in der Duplik oder bis zum Aktenschluß Ein-

---

[3]) Und daß hier weder eine Ungehorsamsbeschuldigung nothwendig, noch eine purgatio morae zulässig war, noch auch ein besonderes Präklusivdekret erfolgte, wenn nicht etwa der Beklagte später noch versuchte, eine versäumte Einrede nachzuholen.

reden nachzutragen, wodurch aber nur Unordnungen im Prozeßgang entstehen würden.

Dem Beklagten schadet bekanntlich

b) Sogar die Versäumniß der peremtorischen Frist nicht, wenn er die Exception nachbringt, bevor noch der Gegner contumaciam akkusirt hatte. Wenn er aber geantwortet hatte, so sind die nicht vorgebrachten Einreden ipso facto präkludirt, ohne daß eine Contumazialbeschuldigung nothwendig ist, sie können also nicht bis zur accusatio contumaciae nachgeholt werden, die vor der Nachholung verfrüht, nachher aber unwirksam wäre.

Der Beklagte hat endlich:

c) Volle 30 Tage Zeit, um seine Vertheidigungsschrift vorzubereiten und einzureichen. Wenn er aber einmal excipirt, gleichviel ob am Anfang oder am Ende der Frist, dann muß er vollständig antworten; er kann daher den Rest der Frist zu keinem Nachtrag mehr benützen, sondern muß alle seine Einreden mit der L.-C. verbinden.

Bei Annahme der gegentheiligen Ansicht müßte man — wegen der Möglichkeit späterer Ergänzungen und Nachträge — jede Exceptionsschrift so lange liegen lassen, bis die Frist völlig abgelaufen ist. Daß aber die Folge davon eine bedeutende Prozeßverzögerung wäre, indem mit den folgenden Streitschriften (Replik und Duplik) natürlich geradeso verfahren werden müßte, liegt auf der Hand.

Ich kann daher v. Bayer nicht beipflichten, wenn er S. 654 schließlich bemerkt:

„Indessen glaube ich, daß sich der Beklagte das Nachholen der Einreden binnen des Restes der Frist mit Erfolg vorbehalten kann, weil er ein Recht auf die Benützung der ganzen Frist hat, und daher aus der Anticipation einer Handlung kein Verzicht auf die andere gefolgert werden darf, wenn er sich ausdrücklich dagegen verwahrt.“

Sagt doch v. Bayer unmittelbar vorher, die zweite Frage, ob der Beklagte nicht wenigstens während des Restes der

Frist noch Einreden nachtragen dürfe, werde richtiger verneint, und zwar aus denselben Gründen, wie die erste Frage verneint wurde (ob der Beklagte, so lange er nicht peremtorisch geladen worden, Einreden nachbringen dürfe). Passen doch die von v. Bayer für die Verneinung dieser ersten Frage angeführten Gründe (s. oben) nicht minder für die Verneinung der zweiten. Ist dem Beklagten im J. R. A. zur Pflicht gemacht, die beiden Handlungen, L.-E. und Einreden, zu verbinden, und würde die entgegengesetzte Behandlung unvermeidlich zu Störungen und Prozeßverzögerungen führen (Bayer S. 654), so kann es doch dem Beklagten nicht gestattet werden, durch einen ausdrücklichen Vorbehalt, resp. durch eine ausdrückliche Verwahrung jene Vorschrift illusorisch zu machen und hiedurch Störungen und Verzögerungen des Verfahrens herbeizuführen.

Bestechender ist Renaud's Ansicht,

(Lehrbuch S. 606 und 185),

wonach die Präklusion der Einreden erst dann eintreten soll, wenn der Prozeß durch richterliche Dekretur (Aktenschluß oder Erlassung eines Communikativdekrets) in ein anderes Stadium getreten ist.

Vgl. auch Albrecht, die Ausbildung des Eventualprinzips S. 34, und

Schmid, Handbuch II. §. 84.

Diese Ansicht steht wenigstens nicht in Widerspruch mit den von mir oben ausgeführten rationellen und Oportunitätsgründen. Wenn sich aber Renaud hiefür auf §. 37 und 38 des J. R. A. beruft, so ist er jedenfalls im Irrthum, weil der J. R. A. den Beklagten verpflichtet, beide Handlungen, die L.-E. und die Einreden, bei Strafe des Ausschlusses der letzteren, zu verbinden. Gerade der J. R. A. ist es also, welcher gegen Renaud's Auffassung entscheidet. Antwortet daher der Beklagte, ohne Einreden vorzubringen, so ist im Sinn des J. R. A. anzunehmen, daß er entweder keine Einreden habe oder sie wenigstens nicht gebrauchen wolle. —

§. 2.

II. Der Beklagte hatte Einreden vorgebracht, ohne litem zu contestiren.

Bisher wurde vom ersten Fall des partiellen Ungehorsams gehandelt, wenn nämlich der Beklagte zwar litem contestirt, aber keine Einreden vorgebracht hatte. Hier liegt noch gar kein Fall des Ungehorsams vor und es wurde gezeigt, daß die Präklusion der Einreden sofort eintreten müsse, wenn sie auch nicht immer und nicht sogleich ausgesprochen werden kann. (S. die Note 1.)

Ganz anders steht aber die Sache im zweiten Fall, wenn nämlich der Beklagte Einreden vorbrachte, ohne litem zu contestiren.

Während man im vorigen Fall, wenigstens vor der Hand, von keinem Ungehorsam sprechen konnte, liegt hier entschieden jetzt schon ein solcher vor, denn der Beklagte hatte ja eine Handlung unterlassen, die nicht bloß zu seiner Vertheidigung dient, sondern auch für den Richter nothwendig ist, worauf also kein Verzicht zulässig sein kann.

Man muß hier folgende drei Fälle auseinanderhalten:

1) Die allein vorgebrachten Einreden sind privilegirte, d. h. gerichtsablehnende oder prozeßhindernde.
2) Sie sind gemeindilatorische Einreden. Und
3) Sie sind gemeinperemtorische Einreden.

ad 1.

Sind die allein vorgeschützten Einreden privilegirte, d. h. foridekl inatorische oder prozeßhindernde, so kann von einem Ungehorsam hinsichtlich der Haupthandlung gar keine Rede sein, da die prozeßhindernden Einreden nach der Praxis, die Foridelinatorien kraft gesetzlicher Vorschrift den Beklagten von der Verbindlichkeit, eventuell litem zu contestiren, befreien, es muß daher dem Beklagten, der auf den

Grund einer unstichhaltigen[4]) privilegirten Einrede die L.=C. verweigert hatte, immer eine neue Frist ad excip. gegeben werden, wenn er gleich schon peremtorisch zur Verantwortung aufgefordert war.

Von einem Ungehorsam bezüglich der Haupthandlung kann also nicht gesprochen werden, wohl aber von jenem Ungehorsam, von welchem bereits beim ersten Fall die Rede war, nämlich vom Ungehorsam bezüglich der nicht gleichzeitig vorgebrachten privilegirten und gemeindilatorischen Einreden. Es soll nun untersucht werden:

A. Ob die forideklinatorischen Einreden bloß von der Eventualhandlung, oder ob sie auch von der gleichzeitigen Vorschützung der gemeinverzögerlichen und prozeßhindernden Einreden befreien? —

Sodann:

B. Ob alle forideklinatorischen Einreden zugleich und auf einmal vorgebracht werden müssen, oder ob sie auch successive vorgeschützt werden können? —

Endlich:

C. Ob die privilegirten Einreden auch nach den gemeindilatorischen eingebracht werden können? —

ad A — C. Wer eine gerichtsablehnende Einrede vorschützt, ist bloß von der Verbindlichkeit, eventuell litem zu contestiren, befreit, nicht auch von der Vorbringung der gemeinverzögerlichen und prozeßhindernden Einreden.[5])

Goldschmid über L.=C. und Einreden S. 65 u. 7.
A. M., Schmid Handbuch II. S. 42, und
Renaud, Lehrbuch S. 608.

Dagegen scheint zwar zu sprechen der §. 37 des J.R.A.

---

[4]) Gleichgiltig ist es hiebei, ob die prozeßhindernde, und also liquide peremtorische Einrede durch direkten oder indirekten Gegenbeweis entkräftet wurde; und ebenso ist es egal, ob die forideklinatorische Einwendung rechtlich unbegründet oder faktisch unsubstanzirt oder durch Gegenbeweis paralysirt wurde.

[5]) Abweichend ist meines Erachtens das bayerische Recht.
Vgl. meine vergleichende Darstellung S. 52—55.

Nachdem hier dem Beklagten aufgetragen wird, in primo termino auf die Klage zu antworten, sowie seine dilatorischen und peremtorischen Einreden bei Strafe der Präklusion zugleich und auf einmal einzubringen, heißt es am Ende:

„doch hievon die Deklinatorien fori (wie in §. 40 zu sehen) ausgeschieden werden."

Offenbar bezieht sich diese Ausscheidung nicht bloß auf die L.-C. und auf die peremtorischen Einreden, sondern auch auf die dilatorischen; der Sinn der obigen Schlußworte ist also wohl der, daß der Beklagte, wenn er gerichtsablehnende Einreden vorschützt, weder verbunden ist, eventuell litem zu contestiren, noch seine peremtorischen Einreden, noch auch seine dilatorischen Einreden zu opponiren.

Diese letztere Exemtion erscheint denn auch als die nothwendige Consequenz der ersteren; denn die gerichtsablehnenden Einreden bilden eine eigene Classe unter den Dilatorien und sind vor den übrigen ausgezeichnet; wenn sie nun von der Eventualhandlung befreien, so müssen sie consequent auch von der Vorschützung der dilatorischen Einreden befreien, weil ein Richter, der für untüchtig, verdächtig oder unzuständig gehalten wird, ebensowenig über die dilatorischen Einreden, über Mängel der Klageschrift oder Legitimation urtheilen kann, als über die Hauptsache selbst. Es sprechen also auch allgemeine Gründe für die Erweiterung des Privilegs der gerichtsablehnenden Einreden. —

Dagegen aber und für den oben aufgestellten Satz, daß die Forideklinatorien bloß von der Eventualhandlung befreien, dürften folgende überwiegende positive Argumente aufzustellen sein:

a) Es darf nicht übersehen werden, daß im J. R. A. §. 37 a. E. hinsichtlich des Privilegs der gerichtsablehnenden Einreden ausdrücklich auf den §. 40 verwiesen wird. Dort heißt es aber, der Beklagte solle mit den Dilatorien die eventuelle Antwort verbinden, über die Deklinatorien solle aber, wenn sie einkommen, zuerst gesprochen „und der Beklagte in solchem Fall vor Erörterung des puncti competentiae fori, sich in der

Hauptsache einzulassen, nicht verbunden werden." Da nun die Ausscheidung der Foridekklinatorien im §. 37 nur nach Maßgabe des §. 40 stattfindet, dort aber bloß von der Befreiung von der L.=C. die Rede ist, so können die Foridekklinatorien, weil Privilegien und Ausnahmsgesetze bekanntlich stricte zu interpretiren sind, und keine ausdehnende Erklärung zulassen, zwar von der Vorbringung der peremtorischen, nicht aber der dilatorischen Einreden befreien. Hiezu kommt:

b) Der §. 38 des J. R. A. Dort heißt es: „Nichtsdestoweniger aber soll ein jeder Beklagter und Antworter, wenn er verzügliche und andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte, dieselben auf diesen ersten Termin präcise, alle sämmtlich miteinander, in Schriften oder mündlich, jedoch der Ordnung gemäß, vorbringen, mit dem Anhang, so Jemand deren eine, oder mehr, oder sie alle unterlassen würde, daß ihm nachher der Weg, solches zu thun oder vorzubringen, benommen sein, auch hierauf ferners geschehen solle, was recht und in der Ordnung p. III. tit. 24 und dem R. A. v. 1594 §. 64 verordnet ist."[6])

Zwar werden hier die Foridekklinatorien nicht ausdrücklich genannt, sie sind aber unter den „verzüglichen und anderen dergleichen Exceptionen" gewiß mitbegriffen. Dieß geht schon daraus hervor, weil der J. R. A. in dieser Hinsicht am älteren Rechtszustand nichts ändern wollte, sich vielmehr auf den Reichsabschied v. 1594 und auf die K. G. O. v. 1555 bezieht.

Im Reichsabschied v. 1594 ist im Interesse der Prozeßabkürzung ausdrücklich verordnet und zwar im §. 63:

---

[6]) Wenn Renaud S. 608 Note 2 behauptet, ich und mit mir v. Bayer beriefen uns „ohne Grund" auf den R. A. von 1594 §§. 63 u. 64, sowie auf den J. R. A. §. 38, — so bedarf das natürlich eines Beweises. Und ebenso bedarf eines solchen Wetzell's Behauptung im System S. 914, daß der §. 38 des J. R. A., weil mit der reichsgerichtlichen Form des Beweisverfahrens zusammenhängend, nicht mehr beobachtet werde.

„Daß in Sachen simplicis querelae, nach eingebrachter Klag', der Kläger im zweiten Termin seine exceptiones declinatorias et dilatorias, seu litis ingressum impedientes cum eventuali litis contestatione einzubringen schuldig sei."

Ferner im §. 64:

„Doch mit dieser vermehrten Erklärung, wo der Beklagte den obgesetzten Exceptionen, so er fürzubringen, eine unterlassen würde, daß ihm dasselbe hernach zu thun, abgeschnitten werden solle."

Endlich heißt es in der K. G. O. von 1555 pars III. tit. 24. §§. 1 u. 2:

„Wo der Antworter nach Einlegung der Klag' dilatorias, oder peremtorias exceptiones in vim dilatoriarum fürzubringen hätte, die soll er ꝛc. ꝛc. Und sollen auf solchen Termin alle solche Exceptiones sämmtlich miteinander in Schriften artikulirt im Gericht überantwortet werden."

Auf diese Stellen verweist also der J. R. A. §. 38 und bekräftigt hiemit, daß die sämmtlichen Voreinreden, nämlich gerichtsablehnende, gemeindilatorische und prozeßhindernde Exceptionen zugleich und auf einmal vorgebracht werden müssen.[7])

---

[7]) Es ergibt sich nämlich hieraus, daß im §. 38 des J. R. A. unter den „verzüglichen und andern dergleichen Exceptionen" nothwendig alle drei Classen der Voreinreden zu verstehen sind. Denn unter den „anderen dergleichen Exceptionen" sind wohl nach der K. G. O. von 1555 und nach dem R. A. von 1594 die proceßhindernden Einreden, und folglich unter den verzüglichen Exceptionen nothwendig die dilatorischen und forideklinatorischen gemeint. Angenommen aber, es wäre zweifelhaft, ob im §. 38 von den gerichtsablehnenden Einreden die Rede ist, und ob diese also mit den gemeindilatorischen verbunden werden müssen, so sprechen ja Consequenz und Analogie für die Nothwendigkeit einer solchen Verbindung. Denn die gleichfalls privilegirten, d. h. von der Eventualhandlung befreienden prozeßhindernden Einreden müssen nach §. 38 des J. R. A. mit den gemeinverzögerlichen Einreden verbunden werden, ja sie können von deren gleichzeitiger Vorschützung schon aus dem Grunde nicht befreien, weil sie — ihrer peremtorischen Natur wegen — ihren Platz hinter den Dilatorien haben. Muß nun die eine Klasse der privilegirten Einreden mit den Dilatorien verbunden werden, dann muß es die andere auch. Der Unterschied zeigt sich bloß darin, daß die Forideklinatorien an der Spitze, die

Hieraus folgt aber von selbst:

1) Daß nach Verwerfung der gerichtsablehnenden Einreden weder gemeinverzögerliche, noch prozeßhindernde Einreden mehr vorgebracht werden dürfen, daß also die Foridekinatorien bloß von der Eventualhandlung, nicht aber von der gleichzeitigen Vorschützung der dilatorischen Einwendungen befreien. Ferner:

2) Daß nach den prozeßhindernden Einreden auch keine Foridekinatorien und Dilatorien, und

3) Nach den dilatorischen Einreden weder
   a. gerichtsablehende,[8]) noch
   b. prozeßhindernde

   mehr vorgebracht werden dürfen.

Die Richtigkeit der beiden letzten Sätze (nr. 2 und 3a.) ergibt sich übrigens, ganz abgesehen vom J. R. A., schon aus der Reihenfolge, nach welcher die verschiedenen Classen des dilatorischen Vertheidigungsmaterials zu rangiren sind. Die Anordnung der Exceptionsschrift ist nämlich nicht willkürlich, sondern richtet sich nach dem Grundsatz, daß immer jene Einreden voranzustellen sind, ohne deren Beseitigung die übrigen Exceptionen entweder gar nicht mit Erfolg widerlegt werden können, oder als überflüssig erscheinen. Die Rangordnung der drei Classen der verzögerlichen Einreden ist also nach dem Eventualprinzip folgende. An die Spitze gehören die Foridekinatorien; denn ein inkompetentes Gericht z. B. kann auch über die gemeindilatorischen Einreden nicht giltig erkennen (sowenig als über die Hauptsache). Hierauf folgen die gemeindilatorischen Einreden, und zuletzt unmittelbar vor der Einlassung die prozeßhindernden, weil diese ihrer Natur nach peremtorische

---

prozeßhindernden Einreden am Schluß des dilatorischen Vertheidigungsmaterials stehen, daß die Dilatorien in eventuelle Stellung zu den Foridekinatorien, die prozeßhindernden Einreden in eventuelle Stellung zu den dilatorischen kommen.

[8]) Vorausgesetzt, daß die Foridekinatorien keine Nullitätseinreden sind, was z. B. der Fall ist bei der exc. jud. suspecti, fori praeventi, bei der Einrede der subjectiven Incompetenz rc. rc.

Einreden sind, bloß die Wirkung der dilatorischen — den Platz vor der L.-C. — haben, und also hinter die gemeinverzögerlichen Einreden gehören. Aus dieser der Natur der Sache entsprechenden Anordnung der Exceptionsschrift folgt nun, daß in dem Vorbringen von Einreden einer späteren Classe ein stillschweigender Verzicht auf alle Einreden der vorausgehenden Classen liegt. Daher können nach den prozeßhindernden Einreden keine dilatorischen, nach den dilatorischen keine foridekIinatorischen Einreden mehr vorgebracht werden, ausgenommen die letztern sind Nullitätseinreden.

In dem alleinigen Vorbringen der dilatorischen Einreden liegt überdieß eine thatsächliche prorogatio fori, eine stillschweigende Unterwerfung unter den Richter, welchen der Kläger angerufen hatte, vorausgesetzt natürlich, daß dieser bloß subjektiv inkompetent ist. —

Wenn also der Beklagte die Einlassung auf den Grund einer foridekIinatorischen oder prozeßhindernden Einrede unterlassen hatte, und diese sich als unbegründet herausstellt, so muß ihm zwar eine neue Frist zur L.-C. ertheilt werden, er kann aber vor derselben keine dilatorischen und prozeßhindernden Einreden mehr vorbringen. Diesen Sätzen ist nun auch v. Bayer beigetreten in der

8. Auflage S. 656. (A. M. Schmid u. Renaud.)

Ja die Möglichkeit solcher Nachträge war dem Beklagten schon in dem Augenblick entzogen, da er seine Exceptionsschrift bei Gericht eingereicht hatte, denn schon damals war er mit allen nicht vorgebrachten Voreinreden ausgeschlossen, wenn auch die Ladung nur dilatorisch gewesen, die Frist noch lange nicht abgelaufen und der Gegner keine Contumazialbeschuldigung eingereicht hatte.

J. R. A. §. 38. S. oben §. 1. I.

Angenommen jedoch, die gerichtsablehnenden Einreden würden nicht bloß von der Verbindlichkeit zur eventuellen Einlassung, sondern auch von der Vorschützung der gemeindilatorischen und prozeßhindernden Einreden befreien, so müßten doch:

a) Mehrere forideklinatorischen Einreden bei Strafe des Ausschlusses zugleich und auf einmal vorgeschützt werden.

Und könnte:

b) Eine gerichtsablehnende Einrede auch nicht in der Eigenschaft einer gemeinverzögerlichen in secundo termino nachgebracht werden.

ad a. Ein successives Vorbringen der forideklinatorischen Einreden wäre schlechterdings unstatthaft. Die privilegirten Einreden machen zwar eine Ausnahme vom Eventualprinzip, wonach Alles, was auf einmal geschehen kann, auch auf einmal geschehen muß. Allein jedes Privileg ist ja strictissime zu interpretiren, und also kann sich auch das vorliegende bloß auf die Deklinatorien gegenüber den gemeinverzögerlichen Einreden, nicht aber auf die Deklinatorien in ihrem Verhältniß zu einander beziehen; in der Ausnahme selbst gewinnt also die Regel wieder Raum. Wollte man der entgegengesetzten Ansicht folgen, so würde dem Beklagten ein ungemessenes Feld zu Chikanen eröffnet; denn wer könnte ihn dann hindern, die sämmtlichen Forideklinatorien, sie mögen noch so unbegründet sein, eine nach der andern vorzubringen, bloß um Zeit zu gewinnen und den Prozeß zu verschleppen? — Ueber jede dieser Einreden wäre zu verhandeln und zu entscheiden, nach ihrer Verwerfung müßte immer wieder eine neue Frist zur Einlassung gegeben werden, und so könnte der Beklagte die exc. jud. inhabilis, dann jud. suspecti, hierauf jud. incompetentis nach ihren verschiedenen Unterarten geltend machen und auf diese Weise den Streit viele Jahre in die Länge ziehen, wie dieß denn auch bei uns in Bayern vor Erscheinen der Nov. v. J. 1837 wirklich und wiederholt geschehen ist. —

ad b. Eine Forideklinatorie kann aber auch nicht in der Eigenschaft einer gemeindilatorischen Einrede in secundo termino nachgeschleppt werden; denn die analoge Anwendung des

J. R. A. §. 38 (s. oben)

führt zu dem Satz, daß wenigstens alle zur selben Classe gehörigen Einreden bei Strafe des Ausschlusses zugleich und auf einmal vorgeschützt werden müssen. Wer seine Forideklinatorien

in primo termino nicht sämmtlich miteinander einbringt, von dem muß doch geradezu angenommen werden, daß er auf die nicht vorgebrachten verzichtet habe, wie von demjenigen, welcher nicht alle gemeindilatorischen und prozeßhindernden Einreden, oder nicht alle gemeinperemtorischen Einreden zusammen vorschützt. Dieser Verzicht muß sich auch bei den nicht vorgebrachten Forideklinatorien auf die ganze Einrede, auf die Einrede als solche beziehen, weil er ja außerdem gar kein Verzicht genannt werden könnte. Denn der Zweck formeller Befreiung von der L.-C. ist ja bereits durch die Forideklinatorien erreicht, da bei ihrer Unstichhaltigkeit eine neue Frist zur Klagebeantwortung gegeben wurde; der Verzicht auf die nicht vorgeschützten Forideklinatorien muß sich daher nothwendig auf deren materielle Befreiung von der L.-C., d. h. auf ihre Einbringung überhaupt und auf die Aussicht beziehen, die Klagsabweisung durch sie zu erlangen.

Hiezu kömmt noch der weitere Grund, daß der Beklagte, indem er mit der vorgeschützten Einrede der objektiven Inkompetenz z. B., die Einrede subjektiver Inkompetenz nicht verbunden hatte, hiedurch seine eventuelle freiwillige Unterwerfung unter den angerufenen Richter zu erkennen gab. Durch die Verwerfung der vorgeschützten Forideklinatorie gelangt dann diese eventuelle Prorogation zur vollen Wirksamkeit.

Für die gegentheilige Ansicht könnte man zwar folgendes Argument anführen: Die gerichtsablehnenden Einreden haben zwei Eigenschaften, einmal:

a) Als Dilatorien die rechtlichen Wirkungen ihrer Gattung, wonach sie nur im Fall wirklicher Begründung von der Litiscontestation frei machen; und
b) Als besondere Art der Dilatorien die Eigenschaften ihrer Spezies, wonach ihre bloße Vorschützung von der Verbindlichkeit zur Antwort befreit.

Wenn nun eine solche Einrede nicht mit den übrigen forideklinatorien vorgeschützt und also nach Verwerfung der letztern, in secundo termino mit den gemeinverzögerlichen Einreden eingebracht wird, — so verliert sie hierdurch ihre spezifische, forideklinatorische Eigenschaft. Allein dieser Verlust kann doch nach

den Grundsätzen der Logik die Gattungseigenschaft, die gemein-verzögerliche Natur derselben, nicht tangiren. Verbleibt ihr nun diese letztere, so ist in der That nicht abzusehen, warum foridekklinatorische Einreden in secundo termino nicht unter der Rubrik, und mit den Wirkungen der gemeindilatorischen Einreden eingebracht werden dürfen. Als gerichtsablehnende Einreden mit formeller Befreiung von der L.-C. können sie freilich nicht mehr vorgebracht werden, wohl aber als gemeine Dilatorien mit materieller Befreiung von der Einlassung. Haben ja doch die gleichfalls privilegirten proceßhindernden Einreden eine solche Doppeleigenschaft, einmal die dilatorische, prozeßhindernde, und dann die peremtorische Natur, und hat der Verlust der erstern Qualität durchaus nicht den Verlust der letztern zur Folge; kann der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede nicht mehr als solche vorbringen, weil er in primo termino bereits dergl. Exceptionen vorgeschützt hatte und damit durchgefallen war, so kann er sie ungehindert in secundo termino hinter der Einlassung als gemeinperemtorische Einreden vorbringen, ja er kann die nämliche Einrede in ihrer Doppeleigenschaft geltend zu machen versuchen, und dieselbe wenn er sie nicht als prozeßhindernde Einrede durchzubringen vermag, doch als gemeinperemtorische durchsetzen. Ist nun diese Behandlung bei den prozeßhindernden Einreden zuläßig, warum soll sie nicht auch bei den gleichfalls privilegirten Foridekklinatorien gestattet sein?! —

Gegen diese Ansicht spricht nun aber, daß die Doppeleigenschaft der prozeßhindernden Einreden sich nur entfernt vergleichen läßt mit jener der gerichtsablehnenden. Jede prozeßhindernde Einrede gehört ihrer Natur und Wesenheit nach zu den peremtorischen Exceptionen, geht auf definitive Entbindung von der Klage und hat daher ihren Platz hinter der L.-C. Nur durch positive Bestimmungen sind diese Einreden den dilatorischen beigesellt worden. Es ist aber zugleich der Willkühr des Beklagten überlassen, ob er sie in der einen oder andern Eigenschaft gebrauchen will, und es ist ganz natürlich, daß ihm eine solche Einrede, wenn er sie nicht unter den Dilatorien vorbringt, oder wenn sie als prozeßhindernde Einrede ver-

worfen wurde, in der peremtorischen Eigenschaft ungeschmälert bleibt, daß er sie also, wenn er vor der L.-C. gar keinen oder keinen erfolgreichen Gebrauch davon gemacht hat, ohne Anstand hinter die Einlassung stellen kann. — Bei den gerichtsablehnenden Einreden ist das aber ganz anders. Bilden sie auch eine privilegirte Classe unter den Dilatorien, so hören sie deshalb nicht auf, zugleich verzögerliche Einreden zu sein, und wie diese, ihren Platz vor der L.-C. zu haben. Auch ist der Zweck der gerichtsablehnenden Einrede ganz derselbe, wie jener der gemeinverzögerlichen, nämlich einstweilige Befreiung von der L.-C. Auch der Beweis wird bei der einen wie bei der andern auf dieselbe Weise geführt. Wird daher eine solche Einrede nicht zugleich mit den anderen Forideklinatorien vorgeschützt, so ist sie in beiden Eigenschaften, als gerichtsablehnende, wie als dilatorische Einrede, somit als Einrede überhaupt präkludirt, weil eben jede gerichtsablehnende Einrede im concreten Fall zugleich eine dilatorische ist. Die exc. jud. incompetentis z. B. kann nur als verzögerliche Einrede vorgebracht werden. Die Präklusion derselben als Foridеklinatorie zieht also zugleich die Präklusion derselben als Dilatorie nach sich; die beiden Qualitäten lassen sich schlechterdings nicht trennen! — Die exc. rei judicatae dagegen kann in dilatorischer und in peremtorischer Eigenschaft, als proceßhindernde und zugleich als zerstörliche Einrede vorgeschützt werden. Die Präkludirung der ersteren hat also durchaus nicht die Präkludirung der letzteren zur Folge. Kann die exc. rei jud. als prozeßhindernde Einreden nicht mehr vorgebracht werden, so folgt hieraus keineswegs, daß sie auch als peremtorische Einrede ausgeschlossen ist! —

Hiemit wäre nach allen Seiten erwiesen, daß gerichtsablehnende Einreden, wenn sie auch von der gleichzeitigen Vorbringung der gemeinverzögerlichen befreien sollten, doch keinenfalls als gemeindilatorische Einreden in secundo termino nachgeschleppt werden dürfen, nachdem die in primo termino vorgebrachten Forideklinatorien verworfen worden waren. —

§. 3.

ad 2.

Sind die allein vorgeschützten Einreden gemeinbilatorische, so liegt ein Ungehorsam des Beklagten bezüglich der Haupthandlung vor, deren eventuelle Verbindung mit den Voreinreden dem Beklagten in den Reichsgesetzen zur Pflicht gemacht ist.

J. R. A. §. 37 u. 40. v. Bayer S. 657.

Nur kann die Ungehorsamsfolge nicht, wie die vorige, sogleich ausgesprochen werden. Mit den nicht vorgebrachten bilatorischen, dann mit sämmtlichen gerichtsablehnenden und proceßhindernden Einreden ist hier der Beklagte, wie wir oben gehört haben, sofort präkludirt,[9]) ohne daß der Ablauf der Frist, die peremtorische Ladung und die accusatio contumaciae des Klägers abgewartet zu werden braucht.

J. A. R. §. 38.[10]) (S. oben §. 1 u. §. 2 ad 1.)

Dagegen kann (a) die volle Ungehorsamsfolge, Zulassung des Klägers zum Beweis der Klage und Ausschließung des Beklagten mit den peremtorischen Einreden, nur dann ausgesprochen werden, wenn die bilatorischen Einreden unstichhaltig sind, also nicht eher, als bis sich die Verwerflichkeit derselben herausgestellt hat und auch in diesem Fall nur unter folgenden Voraussetzungen:

α) wenn die Ladung peremtorisch gewesen;

Heffter System §. 363. v. Bayer. 8. Aufl. S. 658.

---

[9]) Ich sage: der Beklagte ist sofort präkludirt, obgleich er nicht sofort präkludirt wird. Wirklich präkludirt wird er erst dann, wenn er dergleichen Einreden nachschleppen wollte. (S. oben Note 1); denn vorher kann man ja noch nicht von einem Ungehorsam des Beklagten sprechen; ja die Vermuthung streitet sogar gegen die Wahrscheinlichkeit eines solchen.

[10]) Es heißt dort:

„Nichtsdestoweniger soll aber ein jeder Beklagter, wenn er verzügliche und andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte, dieselben auf diesen ersten Termin präcise, alle sämmtliche miteinander &c. &c. vorbringen, mit dem Anhang, so Jemand deren eine oder mehr, oder sie alle unterlassen würde, daß ihm hernach der Weg, solches zu thun, benommen sein soll."

β) die Frist völlig abgelaufen war, und

γ) der Kläger contumaciam accusirt hatte.

v. Bayer S. 512 flgd. und S. 658.

A. M. Renaud 619 nr. 5. [11])

Endlich:

δ) die Klageschrift an keinem äußern oder innern Mangel laborirt, welcher deren Zurückweisung a limine gerechtfertigt hätte; denn ist das der Fall, fehlt es z. B. der Klage am Rechtsgrund, oder an gehöriger Substantiirung, so muß sie nachträglich abgewiesen werden, obgleich der Beklagte den Mangel nicht gerügt hatte, und kann ihm also der Ungehorsam keinen Nachtheil bringen.

S. die II. Abhandlung III. nr. 4.

Daß die Verhängung der vollen Ungehorsamsstrafe die Unstichhaltigkeit der vorgeschützten Dilatorien voraussetzt, versteht sich von selbst, denn ist nur eine einzige Einrede begründet, so muß ja der Kläger abgewiesen werden. Eignen sich nun aber die Dilatorien zur Verwerfung, so verwandelt sich der partielle Ungehorsam in den totalen: da die vorgebrachte Exception als nicht vorhanden zu betrachten und keine eventuelle L.-C. vorliegt, so ist es geradeso, als wenn der Beklagte gar nicht geantwortet hätte.

Conzept des J. R. A. III. 38. §. 10.

Auch schreibt der J. R. A. §. 37. bloß vor, daß mit der Einlassung bei Strafe der Präklusion sofort alle Einreden, nicht aber, daß mit den Dilatorien bei Vermeidung der Rechtsnachtheile des Ungehorsams sofort die Einlassung und die peremtorischen Einreden zu verbinden seien.

vgl. J. R. A. §. 38 u. 40. Conzept III. 38. §. 10.

R. A. v. 1600 §. 117.

[11]) Renaud will die Ungehorsamsfolgen sofort eintreten lassen, weil es sich hier einerseits um die Folgen unterlassener Responsionen handelt, anderseits die verzögerlichen Einreden mit Ausnahme der Deklinatorien gleicher prozeßualischer Behandlung unterliegen, wie die zerstörlichen. Allein diese Gründe haben mich von der Richtigkeit seiner Ansicht nicht überzeugt.

Wird nun der partielle Ungehorsam auf diese Weise zum totalen, so können die Ungehorsamsfolgen nur dann ausgesprochen werden, wenn die Voraussetzungen zur Verhängung einer poena contumaciae specialis gegeben sind, nämlich peremtorische Ladung, Ablauf der Frist und Contumazialbeschuldigung des Klägers.[12])

§. 4.

ad 3.

Die allein vorgebrachten Einreden sind peremtorische, und zwar gemeinperemtorische. Da auf den Grund einer zerstörlichen Einrede, die keine prozeßhindernde ist, die Einlassung nicht unterlassen oder verweigert werden kann, so liegt jetzt schon ein partieller Ungehorsam vor, während dieser im vorigen Fall, bei dilatorischen Einreden, erst dann existent wird, wenn sich dieselben als unbegründet zeigen. — Was nun die Beantwortung der beiden Fragen anbelangt, worin hier die Ungehorsamsfolgen bestehen und ob dieselben sofort ausgesprochen werden dürfen, so ist meines Erachtens zu unterscheiden, ob der Beklagte:

a) die L.-C. bloß unterlassen, oder
b) förmlich verweigert hatte; — mit anderen Worten: ob er die peremtorischen Einreden als gemeinperemtorische geltend machte, oder als prozeßhindernde. Der Unterschied zwischen beiden Fällen zeigt sich im

---

[12]) War daher die Frist bloß dilatorisch, so muß der Beklagte neuerdings und peremtorisch geladen werden. Doch zeigt sich hier ein Unterschied zwischen dem partiellen und totalen Ungehorsam. Hatte der Beklagte gar nicht excipirt, so kann er in secundo termino immer noch dilatorische Einreden vorschützen; hat er aber — wie in unserm Fall — dilatorische Einreden ohne L.-C. vorgebracht, und wird er nun neuerdings und peremtorisch geladen, so kann er in secundo termino keine Dilatorien mehr vorbringen.

J.R.A. §. 38. S. oben nr. 2.

Die Ausschließung mit den nicht vorgebrachten dilatorischen Einreden tritt also sogleich ein, die Ausschließung mit den peremtorischen Einreden erst nach wiederholter und peremtorischer Ladung, Ablauf der Frist und vorausgegangener Contumazialbeschuldigung.

Gesuch; im ersten Fall geht dasselbe auf Entbindung des Beklagten von der Verbindlichkeit zur L.-C., im zweiten Fall auf definitive Entbindung von der Klage.

ad a. Im ersten Fall liegt eine unvollständige Vertheidigung in der Hauptsache vor. Der Beklagte ist daher mit allen nicht vorgeschützten Einreden sofort präkludirt.

J. R. A. §. 37 und 38.
v. Bayer S. 659 nr. 1.

Denn der partielle Ungehorsam ist hier nicht, wie im vorigen Fall des §. 2, gleich dem totalen, weil ja ein Stück der Haupthandlung bereits vollzogen ist, und der Beklagte mit seiner Vertheidigung nicht vor, sondern hinter der L.-C. versirt, die er nicht verweigert, sondern nur vergessen hat. Der Beklagte ist daher mit allen Einreden im Moment der Einreichung seiner Schrift präkludirt mit den dilatorischen nach §. 38, mit den peremtorischen nach §. 37 des J. R. A. Die Einlassung kann er allerdings ergänzen, aber Einreden kann er keine mehr vorbringen, wenn auch die Ladung bloß dilatorisch gewesen, die Frist noch nicht abgelaufen war. —

Was nun die fehlende Einlassung betrifft, so ist dieselbe der richtigen Ansicht nach als negative geschehen zu fingiren, denn der partielle Ungehorsam kann doch nicht härter bestraft werden als der totale, aus dem Vorbringen von peremtorischen Einreden ist aber, wenigstens in der Regel, kein Geständniß zu folgern („qui excipit non fatetur"). [13])

v. Bayer S. 660.
A. M. Gönner, Handbuch II. 36 und
v. Linde, Abhandlung I. S. 24 flgd.

---

[13]) Indessen ist der Satz „qui excipit non fatetur" keineswegs ein ausnahmsloser. Nach den Fortschritten, welche die neuere Praxis in dieser Beziehung gemacht hat, gilt jener Satz in jener Allgemeinheit nicht, und ist selbst der ausdrückliche und spezielle Widerspruch der Klage ohne Effekt, wenn aus der Begründung der Einrede mittelbar ein Geständniß der Klage hervorgeht, mit anderen Worten, wenn sich negative Einlassung und Einreden nicht bloß scheinbar, sondern wirklich widersprechen, wenn zwischen beiden ein unauflöslicher Wider-

Doch soll vorher, wenigstens bei dilatorischer Ladung, die Exceptionsschrift zur Ergänzung der Einlassung zurückgegeben werden.

vgl. v. Linde a. a. O. S. 32.
Heffter System §. 365.
v. Bayer 7. Aufl. S. 380 a. E.

In der 8. Aufl. S. 662 sagt zwar v. Bayer, die Ansicht, daß dem Beklagten, welcher sich durch peremtorische Einreden ohne Einlassung vertheidigt hatte, vorerst noch eine nähere Beantwortung der Klage aufzugeben sei, habe weder eine gesetzliche Bestimmung, noch den Gerichtsgebrauch für sich. Allein wenn der Richter die Exceptionsschrift dann ad emendandum zurück-

---

spruch besteht. Wenn z. B. der Beklagte einwendet, das eingeklagte Darlehen sei ihm in beschnittenen Thalern überschickt worden, bei deren Umwechselung er 10 Prozent verloren, so liegt hierin ein stillschweigendes Zugeständniß der Klage, und selbst die ausdrückliche Ableugnung derselben, d. h. des Empfangs der 100 Thaler, wäre ohne Erfolg gewesen, weil dieser Widerspruch als unvereinbar mit der eventuell angehängten Einrede eine Chikane involvirte.

In diesem Sinn erkannte unser O.A.G. im Jahre 1858.

Ein anderer Fall, der daselbst zur Entscheidung kam, war folgender:

Ein Bräuer klagte gegen einen Wirth eine Bierschuld von 2600 fl. ein. Der Wirth widersprach, beim Kläger Bier bestellt und empfangen zu haben, wendete aber eventuell ein, wenn der Klagegrund je gegen ihn erwiesen werden könnte, so sei das ihm gelieferte Bier von so schlechter Qualität gewesen, daß es ihm die Gäste verscheucht und ihm hierdurch ein Schaden von 4000 fl. zugegangen sei, den er compensando und reconvenimedo geltend mache. — Die beiden untern Instanzen erkannten auf Beweis der Klage und Einrede. Mit Recht hielt aber das O.A.G. die Klage trotz des Widerspruchs für zugestanden und reformirte in diesem Sinn das erstinstanzliche Beweisurtheil.

Vgl. O.A.G.R. Zink's Mittheilungen in den Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 19. S. 241 flgd. Bd. 24 S. 37—47.
Vgl. auch Heffters Institut. des Civilprozesses. I 5. §. 9.
Weber's Beweisführung, Abschnitt IV. §. 18, und
v. Bayer 8. Aufl. S. 633.

Auch das Lübecker O.A.G. erkannte am 31. Dezember 1854 in diesem Sinn.

S. die Frankfurter Sammlung von Römer, Bd. I. S. 553.

geben soll, wenn die Einlassung unvollständig oder ungehörig vollzogen wurde, so darf er das gewiß auch in dem Fall thun, wenn der Beklagte die Einlassung ganz und gar vergessen oder unterlassen hat, und er soll das, meine ich, um so mehr thun, als es nicht einmal unbestritten ist, ob die L.-C. wirklich als negative geschehen fingirt werden muß, indem mehrere Rechtslehrer, wie Gönner und Linde, sich für die Fiktion affirmativer L.-C. erklärt haben.

Daß endlich die vom Beklagten wirklich und rechtzeitig vorgeschützten Einreden wegen der Unterlassung der L.-C. nicht verloren gehen, sollte sich wohl von selbst verstehen, ist aber dennoch von einigen Rechtslehrern angestritten worden. Vergl. hierüber

v. Bayer l. c. S. 660 nr. 3.

Was sodann das Contumazialerkenntniß betrifft, so kann dieses hier nur in Form eines prozeßleitenden Dekrets erlassen, d. h. mit dem Communicativdekret ad replicand., nicht mit dem Haupturtheil verbunden werden, denn vor Fällung des letztern muß ja der Kläger mit seiner Replikäußerung über die vorgebrachte peremtorische Einrede gehört werden.

ad b. Wenn aber der Beklagte die gemeinperemtorischen Einreden als prozeßhindernde einführte, d. h. auf den Grund derselben die Einlassung förmlich verweigert hatte, obgleich die Einrede wegen Illiquidität gar nicht zu einer prozeßhindernden qualifizirt war, — ein Fall, den die Schriftsteller mit Schweigen übergehen, — dann ist der Stand der Sache offenbar ein anderer. Es ist hier in der That zweifelhaft, ob die Einrede bloß in der prozeßhindernden Eigenschaft oder absolut zu verwerfen sei.[14])

[14]) Dieselbe Frage entsteht auch dann, wenn der Beklagte eventuell litem contestirt hatte, ohne die als prozeßhindernd vorgebrachte exceptio hinter der Einlassung als peremtorische Einrede zu wiederholen. S. hierüber unten S. 72.

Für die letzte strenge Ansicht sprechen folgende allgemeine Gründe:

Die prozeßhindernden Einreden, (zu welchen bekanntlich nicht bloß die exceptiones litis finitae, sondern alle liquiden peremtorischen Einreden gehören) haben jetzt ein doppeltes Privileg. Sie sind nach den Reichsgesetzen, welche hier dem kanonischen Recht folgten, den dilatorischen Einreden gleichgestellt, haben folglich ihren Platz vor der L.-C., wiewohl sie ihrer Natur nach hinter die Einlassung gehören, und erfordern somit eine vorläufige Erörterung und Erledigung, daher auch der Name: exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum, sc. litis ingressum impedientes. Die Einlassung soll daher, wie bei den verzögerlichen Einreden, eventuell mit ihnen verbunden werden.

R.A. v. J. 1570 §. 89.

R.A. v. J. 1593 §. 59 und 63.

C.G.O. v. J. 1523 III. 1 und v. J. 1555 III. 24 §. 1.

Ja die Praxis hat sie sogar vor den dilatorischen Einreden ausgezeichnet und den gerichtsablehnenden gleichgestellt, weil eine weitere Antwort auf die Klage durch eine sogleich erwiesene peremtorische Einrede in der That überflüssig wird.

Schmid, Handbuch II. S. 65—66.

Daraus folgt nun aber mit unabweisbarer Consequenz, daß alle übrigen die Hauptsache betreffenden Einreden, welche nicht in die Kategorie der prozeßhindernden gehören, und demnach ihren Platz hinter der Einlassung haben, im Gebiet vor derselben keine Berücksichtigung finden können, weil sonst kein Unterschied zwischen ihnen und den privilegirten Einreden bestünde.

Wird daher die L.-C. auf den Grund einer peremtorischen Einrede, die keine prozeßhindernde ist, verweigert, so müssen unter Verwerfung der Einrede die Folgen des totalen Ungehorsams ausgesrochen werden.[15])

---

[15]) Dazu wird jedoch vorausgesetzt daß die Ladung peremtorisch gewesen, die Frist völlig abgelaufen und der Gegner contumaciam akkusirt hatte. Bis dahin kann der Beklagte immer noch eine neue Ex-

Nun entsteht aber die wichtige Frage, ob die als prozeßhindernd gebrauchte und in dieser Eigenschaft unstichhaltige Einrede absolut zu verwerfen oder in der gemeinperemtorischen Eigenschaft zu berücksichtigen sei.

Die obige Behandlung des Contumazialfalls führt folgerichtig zur absoluten Verwerfung der Einrede.[16]) Die Beachtung der Einrede wäre eine Verletzung des Verhandlungsprinzips; denn der Beklagte hatte ja bloß Befreiung von der Verbindlichkeit zur Einlassung, nicht aber Entbindung von der Klage verlangt, der Richter würde daher ultra petita rei gehen, wenn er die als prozeßhindernd gebrauchte Einrede in der gemeinperemtorischen Eigenschaft berücksichtigen und auf diese Weise das beklagtische Petitum erweitern wollte. In der Art, wie die Einrede vorgebracht wurde, nämlich in dilatorischer Eigenschaft vor der L.-C., muß hier verworfen werden; in der Art, wie sie hätte beachtet werden können, nämlich hinter der L.-C., wurde sie nicht vorgebracht und konnte gar nicht vorgebracht werden, da ja die L.-C. förmlich verweigert wurde; die als prozeßhindernd gebrauchten Einreden können daher auch als gemeinperemtorische nicht aufrecht erhalten werden, die Verwerfung derselben in der angebrachten Art zieht auch die absolute Verwerfung nach sich.[17])

---

ception einreichen und darin zwar keine dilatorischen und prozeßhindernden, wohl aber peremtorische Einreden nachtragen und die Einlassung ergänzen. Denn der vorliegende Contumazialfall muß gerade so behandelt werden, wie der zweite, da sich auch hier der partielle Ungehorsam in den totalen verwanwandelt.

[16]) War die Ladung bloß dilatorisch, so muß der Beklagte neuerdings zur L.-C. aufgefordert werden. Unterläßt er dann, die als prozeßhindernd gebrauchte Einrede als gemeinzerstörliche hinter die Einlassung zu stellen, so ist er damit gleichfalls präkludirt wenn wir von der oben angenommenen strengen Ansicht ausgehen. Und ganz dasselbe wird der Fall sein, wenn der Beklagte mit den prozeßhindernden Einreden die eventuelle L.-C. verbunden hatte, ohne die erstern in der gemeinverzögerlichen Eigenschaft vorzubringen.

[17]) Uebereinstimmend ist das bayer. Recht.

Nov. v. J. 1837. §. 28.

Siehe meine vergleichende Darstellung S. 95.

Für die conträre, milde Ansicht, nämlich für die Berücksichtigung der Einrede, spricht dagegen der Umstand, daß es doch unbillig wäre, Exceptionen, die ja rechtzeitig vorgeschützt wurden, wenn auch in ungehöriger Weise und am unrechten Ort, schlechthin, also auch in der Eigenschaft zu verwerfen, in welcher sie zu berücksichtigen gewesen wären, wenn sie der Beklagte als solche vorgebracht haben würde. Berücksichtigt man aber die Einrede bei verweigerter Antwort, so muß man sie ebensosehr, ja noch mehr dann beachten, wenn der Beklagte eventuell litem contestirt, aber unterlassen hatte, die als prozeßhindernd gebrauchte Einrede hinter der L.-C. als gemeinzerstörliche Einrede vorzubringen, oder wenn er bei vorausgegangener dilatorischer Ladung neuerdings zur Antwort aufgefordert, die Einlassung nachgeholt hatte, ohne jene Einrede vorzuschützen.[18]) Denn wenn auch hier der Beklagte seinem ersten Fehler einem zweiten größern hatte folgen lassen, wenn er auch hier weit mehr veranlaßt gewesen wäre, seine peremtorischen Einreden als solche vorzubringen, da er ja litem contestirt hatte, — so dürfen wir doch nicht vergessen, einmal, daß die fragliche Einrede in den Akten befindlich und durch den Beklagten dahin gekommen ist, dann aber, daß gerade bei vollzogener L.-C. durch Beachtung der Einrede das Verhandlungsprinzip weniger verletzt wird, als bei verweigerter Antwort; denn das Petitum des Beklagten geht, wenn er litem contestirt, auf definitive Entbindung von der Klage. Wird nun die als prozeßhindernd gebrauchte Einrede in der peremtorischen Eigenschaft beachtet, so schreitet der Richter über die Anträge des Beklagten nicht hinaus, denn sein eventuelles auf Klag'sentbindung gerichtetes Petitum paßt genau auf die zu supplirende, d. h. hinter die Einlassung zu stellende Einrede, während dieses bei verweigerter L.-C. der Fall nicht ist, indem dort das Gesuch auf Befreiung von der Antwort,

[18]) Vorausgesetzt jedoch, daß im peremtorischen Ladungsdekret noch nicht über die prozeßhindernde Einrede erkannt worden war. Denn ist dieß der Fall, wurde sie also verworfen, dann kann sie natürlich auch als gemeinperemtorische Einrede nicht beachtet werden. wenn sie nicht in der zweiten Schrift mit der Einlassung verbunden wurde! —

auf bloß temporäre Abweisung des Klägers gerichtet ist, durch Beachtung der Einrede also ultra petita rei gegangen wird.

Nun kommt aber zu den allgemeinen Gründen für die Beachtung der als prozeßhindernd gebrauchten Einreden in der gemeinperemtorischen Eigenschaft noch ein sehr gewichtiger positiver Grund, der wohl geeignet erscheint, den Ausschlag zu geben, nämlich eine Stelle des kanonischen Rechts, das

cap. 12 in 6to de appellat. (2. 15),

worauf Goldschmid sonderbarer Weise nicht aufmerksam gemacht hat. Die Stelle lautet:

„Licet ab interlocutoria (per quam pacti vel praescriptionis, vel alia principali negotio praejudicans, vel judicium nullum reddens, exceptio est repulsa) non fuerit appellatum, si tamen a definitiva appellari contingat, potest in appellationis causa ipsum gravamen per interlocutoriam eandem illatum liciti per appellationis judicem emendari. Ubi vero interlocutoria super eo profertur, quod non parat praejudicium negotio principali, vel judicium nullum reddit, nisi fuerit appellatum ab ipsa, per appellationem a definitiva postea interjectum gravamen illatum nequaquam poterit revocari."

Bereits hat Gensler in seiner Abhandlung über das Beweisinterlokut im

Archiv für Civil-Praxis Bd. I. S. 368—372

diese Stelle — freilich für einen andern Zweck — einer sorgfältigen Auslegung unterzogen. Dieselbe beschäftigt sich mit der Entscheidung der Frage, ob die Beschwerde, welche dem Beklagten durch Verwerfung seiner vor der L.-C. vorgebrachten Einreden zugefügt wurde, bei der Appellation gegen das Endurtheil nachgeholt werden könne, und beantwortet diese Frage mit Unterscheidung, je nachdem der Beklagte Nullitäts- und respektive peremtorische Einreden vorgebracht hatte, oder bloß dilatorische. Von den Nullitäts-Einreden versteht es sich nun von selbst, daß ihre Verwerfung, wenn sie mit Unrecht geschah, nie rechtskräftig werden könne, weil dieselben in jeder

Lage des Streits vorgebracht werden können und berücksichtigt werden müssen. Schwieriger ist die Sache bei den peremtorischen Einreden. Hat nämlich der Richter eine vom Beklagten vor der L.-C. opponirte gemeinperemtorische Einrede, die keine prozeßhindernde ist, durch ein rechtskräftiges Interlokut, als nicht geeignet, die L.-C. aufzuhalten, verworfen, nachher aber den Beklagten, ohne auf die peremtorische Einrede als solche Rücksicht zu nehmen, in der Hauptsache verurtheilt, (weil der Kläger den Grund seiner Klage bewiesen hatte), — so soll der gegen diese Definitivsentenz appellirende Beklagte auch dadurch, daß der Richter jene zerstörliche Einrede bei der Verurtheilung unbeachtet gelassen, sich beschwert finden, das Appellationsgericht also dieses gravamen heben dürfen. Es wird folglich als gravamen anerkannt, wenn der Richter im Endurtheil das rechtskräftige Interlokut, welches die Einreden als prozeßhindernde verwarf, so auslegte, als wären sie auch in ihrer peremtorischen Eigenschaft aberkannt. — Ganz anders bei dilatorischen Einreden, welche nicht zugleich Nullitätseinreden sind. Diese haben keine doppelte Qualität, wie die prozeßhindernden, ihr Zweck ist nur Aufenthalt des Verfahrens; sind sie daher rechtskräftig aberkannt, so erfaßt dieses Urtheil den ganzen Umfang ihres Zwecks, durch die Rechtskraft getödtet, können sie unter keinem Namen in dem Rechtsstreit weiter fortleben.

vgl. das Archiv a. a. O.

Wie schon gesagt, hat Gensler die fragliche Stelle für einen ganz andern Zweck interpretirt, nämlich da, wo er den unrichtigen Satz vorführt, das Beweisinterlokut sei der Rechtskraft unfähig und schließlich bemerkt:

> „Und was das cap. 12 in 6to de appellat. hieran abändern sollte, läßt sich um so weniger absehen, da es von einem Beweisinterlokut gar nicht spricht, sondern von Zurückweisung vorgeführter Einreden ꝛc. ꝛc.“

Während also Gensler nachweist, daß die Stelle, richtig verstanden, seinem Satz von der Unabänderlichkeit des Beweisinterlokuts keinen Eintrag thue und also nicht entgegenstehe,

glaube ich aus jener Stelle einen gewichtigen positiven Grund dafür ableiten zu können, daß die als prozeßhindernd vorgebrachten Einreden in ihrer gemeinzerstörlichen Eigenschaft berücksichtigt werden müssen.

In jener Stelle ist nämlich ganz unzweideutig ausgesprochen, daß das Interlokut die vor der L.-C. opponirte peremtorische Einrede nur in der vorgebrachten, d. h. prozeßhindernden Eigenschaft, verwerfen konnte, und daß daher das Endurtheil, in welchem die Einrede übergangen, sohin in ihrer gemeinperemtorischen Eigenschaft nicht berücksichtigt wurde, für den Beklagten gravirend sei, und aus diesem Grund angefochten werden könne.

Die Stelle paßt ebensogut auf den Fall, da der Beklagte litem contestirte, ohne die in prozeßhindernder Eigenschaft gebrauchte Einrede in peremtorischer vorzubringen, wie auf den Fall, da er total ungehorsam gewesen, nachdem seine prozeßhindernde Einrede verworfen wurde.[19]) In beiden Fällen hatte der Beklagte über seine Einrede Beweis anzubieten (das kanonische Recht kannte ja ebensowenig wie das römische ein Beweisinterlokut im heutigen Sinne). In beiden Fällen fehlte der Unterrichter, wenn er diesen Beweis und also die Einrede ignorirte. (Hätte freilich der Beklagte keinen Beweis angeboten, dann würde der Unterrichter mit Recht die Einrede ignorirt haben, weil der Beklagte hierauf Verzicht geleistet.)

Wenn demnach im Hinblick auf

cap. 12 in 6to de appellat.

die milde Ansicht den Vorzug verdient, wonach die als prozeßhindernd gebrauchten, aber in dieser Eigenschaft verwerflichen Einreden als gemeinperem. zu berücksichtigen sind, so müssen bei ver-

---

[19]) Nur auf den dritten möglichen Fall, da der Beklagte eventuell litem contestirte (ohne die Einrede hinter der Einlassung zu wiederholen), kann die Stelle des kanonischen Rechts sich nicht beziehen, weil dieses von einer Eventualhandlung nichts wußte. Die prozeßhindernden Einreden unterscheiden sich daher in Nichts von den gemeindilatorischen. Wurde die prozeßhindernde Einrede verworfen, so mußte nach kanonischem Recht allzeit eine neue Frist zur Einlassung gegeben werden, geradeso, wie bei unbegründeten dilatorischen Einreden.

weigerter L.-C. die Ungehorsamsfolgen, (d. h. die Verwerfung aller nicht vorgeschützten dilatorischen und peremtorischen Einreden und die Fiktion negativer L.-C.) sofort ausgesprochen werden. Zwar verwandelt sich mit der Verwerfung der prozeßhindernden Einreden der partielle Ungehorsam in den totalen (s. §. 3 ad 2). In dem Augenblick aber, da der Richter die in dilatorischer Eigenschaft verworfenen Einreden als peremtorische beachtet, wird der totale Ungehorsam wieder zum partiellen, verwandelt sich unser Fall (dilatorische Einreden ohne L.-C.) in den vorher behandelten (gemeinzerstörliche Einreden ohne L.-C. §. 4 ad 3 lit. a.)

Es geht nämlich gewiß nicht an, die Folgen des totalen Ungehorsams — Zulassung des Klägers zum Beweis der Klage und Ausschließung des Beklagten mit allen Einreden — wohlgemerkt mit allen Einreden, auszusprechen und zugleich einige Einreden zu berücksichtigen und den Kläger bezüglich dieser ad replicandum aufzufordern, respektive dem Beklagten den Beweis hierüber aufzulegen. Die Fällung des Contumazialurtheils gegen den Beklagten und die Beachtung seiner Einreden sind incompatible Dinge. Hat der Beklagte den Vortheil, daß seine Einreden berücksichtigt werden, obgleich sie strenggenommen absolut verworfen werden sollten, so muß er — und das ist gewiß nur billig — auch den Nachtheil mit in Kauf nehmen, daß er mit den nicht vorgebrachten Einreden sofort präkludirt wird, d. h. ohne Rücksicht auf peremtorische Ladung, Ablauf der Frist und vorausgegangene Contumazialbeschuldigung. —

Weil indessen die hier verfochtene Ansicht doch nicht unbestreitbar ist, wird der Beklagte immer sicherer gehen und daher besser thun, mit den prozeßhindernden Einreden, wenn er von ihrer Liquidität nicht vollkommen überzeugt ist, nicht nur die Eventualhandlung zu verbinden, sondern auch hinter derselben jene Einreden als gemeinperemtorische zu wiederholen. —

§. 5.

Wir haben nun noch drei Contumazialfälle zu besprechen.

III. Wenn der Beklagte zwar litem contestirt hatte, aber unvollständig oder sonst fehlerhaft,

so muß geradeso verfahren und entschieden werden, wie im Fall des §. 4 lit. a. Es ist nämlich der Beklagte mit allen nicht vorgebrachten Einreden sofort auszuschließen. Dagegen sind die nicht speziell widersprochenen Punkte der Klageschrift erst dann für negirt zu erachten[20]) und Kläger zum Beweis derselben anzuhalten, wenn die Zurückgabe ad emendandum keinen Erfolg hatte.

S. Bayer S. 662 (8. Aufl.)

Den Beklagten sub poena confessi zu einer bestimmteren Erklärung aufzufordern, und im Fall seines wiederholten Ungehorsams ein Zugeständniß anzunehmen, wie

Gensler (im Archiv I. S. 48),
Mittermaier (Beiträge II. S. 100),
Martin (im Lehrbuch §. 162 B. II., dann in den Vorlesungen Bd. I.) und
Brakenhöft (im Archiv Bd. 20 S. 400.)

wollen, geht schon aus dem Grunde nicht an, weil dann der partielle Ungehorsam inconsequenter Weise härter bestraft würde, als der totale.

vgl. v. Bayer l. c.
v. Linde. I. Abhandlung. S. 39 und die flgd.
Renaud, Lehrbuch S. 450—452.[21])

---

[20]) Anders freilich nach bayer. Recht seit der Nov. v. J. 1837 §. 19. Hier gelten die nicht speziell widersprochenen Momente der Klage sofort als zugestanden.

[21]) Die Reichsgesetze bestimmten zwar, daß, wenn auf Positionen und Artikel nicht genugsam respondirt wurde, den Ungehorsamen die poena confessi treffen soll.

K. G. O. v. 1555. III. 15. §. 5 und 7.

Allein diese Vorschrift, obwohl sie durch die Aufhebung des artikulirten Verfahrens ihre Anwendung nicht verloren hat,

J. R. A. §§. 37, 34, 41 und 49.

wird in der Praxis nicht mehr befolgt

vgl. Renaud Lehrbuch S. 450.

IV. Wenn der Beklagte seine wahren Einreden nicht hin-hinreichend substanzirt hatte,

ein Contumazialfall, den die Schriftsteller mit Stillschweigen übergehen — so müssen dieselben absolut verworfen werden. Dazu wird jedoch vorausgesetzt, daß der Beklagte wiederholt und peremtorisch, d. h. unter dem Rechtsnachtheil definitiver Verwerfung der Einreden, zur bessern Substanzirung derselben aufgefordert worden war. Zwar wird der Beklagte hier strenger behandelt, als der Kläger, dessen unsubstanzirte Klage nur angebrachtermaßen abgewiesen werden darf. Allein das erstemal wird ja die nicht substanzirte Exception gleichfalls in der angebrachten Art verworfen. Die strengere Behandlung im Wiederholungsfall liegt aber in der Natur der Sache; denn für die Anstellung der Klage läuft keine Frist, wie für die Exception, eine Abweisung der letzteren in der angebrachten Art, d. h. unter Vorbehalt besserer Substanzirung, würde daher den Prozeß nicht in Gang bringen. —

§. 6.

V. Wenn endlich der Beklagte eine rechtliche Gegendeduktion vorbrachte, ohne litem zu contestiren und es erscheint dieselbe als unstichhaltig,

so verwandelt sich, wie im Fall II. nr. 2, der partielle Ungehorsam in den totalen, es gilt daher die Klage als widersprochen und wird der Beklagte mit allen Einreden ausgeschlossen, vorausgesetzt, daß die Ladung peremtorisch gewesen, die Frist abgelaufen und der Kläger contumaciam accussirt hatte.

Zwar enthält unser Fall eine unvollständige Vertheidigung in der Hauptsache, wie jener sub II. nr. 3, wo der Beklagte

---

Zu verwerfen ist daher die Ansicht der angeführten Rechtslehrer, daß der Beklagte, wenn er unvollständig oder unbestimmt auf die Behauptungen des Klägers geantwortet hatte, sub poena confessi zu einer zweiten Erklärung aufgefordert werden könne.

vgl. Renaud S. 451.

bloß eine peremtorische Einrede vorbrachte und die Ungehorsamsfolgen sogleich eintraten. Wenn man aber erwägt, daß die rechtliche Gegendeduktion ihren Platz vor der L.=C. hat, und daß hierin noch gar keine Vertheidigung auf den faktischen Angriff liegt, letztere vielmehr als verweigert anzunehmen ist, während in dem Vorbringen von peremtorischen Einreden, die hinter die L.=C. gehören, eine Vertheidigung gegen das Faktum der Klage enthalten ist und die L.=C. nicht als verweigert, sondern bloß als unterlassen zu betrachten ist, — so wird man unseren Fall gewiß nach den milden Voraussetzungen des totalen, und nicht nach den strengen des partiellen Ungehorsams behandeln. —

VI. Partieller Ungehorsam des Beklagten bei liquider Klage.

A. Wenn der Klage Urkunden beigelegt wurden.

§. 7.

Der partielle Ungehorsam besteht hier entweder:

1) In der unterlassenen Beantwortung der Klage; oder
2) In der unterlassenen Erklärung auf die der Klage beigelegten Urkunden; oder
3) In der unterlassenen Beantwortung der Klage und Erklärung auf die Urkunden.

ad 1.

Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Fall der Rekognition und jenem der Diffitirung der Urkunden.

a) Rekognoszirte der Beklagte die der Klage beigelegten Urkunden, und vertheidigte er sich durch Einreden oder rechtliche Gegendeduktion, ohne jedoch litem zu contestiren, so gilt die Klage, wie in der Abhandlung III bereits dargethan wurde, für liquid und eingestanden. Das Geständniß ist kein fingirtes, sondern ein stillschweigendes, thatsächliches; das factum concludens, aus welchem es geschlossen wird, ist die Rekognition der Urkunden. Daraus folgt nun aber selbstverständlich weiter, daß die Annahme des

Zugeständnisses der Klage sofort und von selbst eintritt, daß also hiezu weder:

α) Wiederholte und peremtorische Ladung, d. h. Androhung der poena confessi, noch

β) Ablauf der Frist, noch auch

γ) Contumazialbeschuldigung von Seite des Klägers nothwendig ist.

Wir haben ja hier gar keinen Ungehorsam des Beklagten, bedürfen daher keiner Fiktion des Geständnisses und ebensowenig einer poena confessi und ihrer Androhung, — sondern wir haben im Gegentheil ein stillschweigendes, aus der Rekognition der Urkunden folgendes thatsächliches Geständniß des Klagegrundes. Nicht zur Strafe seines Ungehorsams gilt die Klage als eingestanden, sondern der Beklagte selbst hat sie durch die Rekognition der Urkunden tacite et implicite eingeräumt! —

b) Diffitirte aber der Beklagte die Urkunden und vertheidigte er sich durch Einreden, ohne jedoch litem zu contestiren, so gilt die L.-C. als negative vollzogen.[22]) Gleichwie die Rekognition der Urkunden als Zugeständniß des Klaggrundes gilt (s. lit. a.), ebenso gilt die Diffitirung der Dokumente als Widerspruch der Klagsfacta. Zwar ist der Beklagte nach

§. 39 des J. R. A.

nicht nur zur Erklärung über die Urkunden, sondern auch zur Antwort aufgefordert worden, es scheint daher die Diffession die Antwort ebensowenig zu ersetzen, als die Rekognition. — Allein die Diffession läßt gewiß einen Schluß der Wahrscheinlichkeit auf die Negation der Klage zu, wenn wir in Er-

---

[22]) Im bayer. Prozeß verhält sich die Sache freilich anders. Hier gilt nach Nov. v J. 1837 §. 19. jeder nicht ausdrücklich und speziell widersprochene Thatumstand sofort als zugestanden. Die Diffession der Urkunden ersetzt daher den speziellen Widerspruch gewiß nicht.

A M. Seuffert in den Bl für R.-A. Bd. 9. S. 116 und im Commentar Bd. II. S. 239 (2. Aufl.)

Vgl. dagegen meine vergleichende Darstellung ꝛc. ꝛc. S. 69. Note 10.

wägung ziehen, daß die unterlassene Antwort bei illiquider Klage als negative geschehen fingirt wird. Denn gewiß ist von Demjenigen, welcher eine Urkunde diffitirt, die den ganzen Klagegrund umfaßt, nicht anzunehmen, daß er die Klage eingekannt, sondern im Gegentheil, daß er sie widersprochen habe, weil ihm sonst die Diffession gar keinen Nutzen gewähren würde, und es gewiß ein äußerst seltener Fall wäre, daß ein wohlbegründeter Anspruch durch falsche Urkunden belegt ist, und ein noch seltenerer Fall, daß der Beklagte seine Handschrift, nicht aber den Klagegrund abzuläugnen wagt! —

ad 3.

Wenn sich der Beklagte durch Einreden vertheidigt, ohne litem zu contestiren, ohne sich aber auch auf die Urkunden zu erklären, so gilt die Klage gleichfalls für liquid und eingestanden, und ist hiezu weder:

a) der Ablauf der Frist, noch:

b) eine peremtorische Aufforderung ad excip. nothwendig, d. h. der Ausschluß mit der Antwort und den Einreden braucht nicht angedroht zu werden. Dagegen wird vorausgesetzt, daß der Beklagte zur Erklärung über die Echtheit der Urkunden peremtorisch, d. h. sub poena recogniti, aufgefordert wurde, und daß Kläger in der Replik, bevor noch der Beklagte jene Erklärung und Antwort nachgebracht hatte, contumaciam accusirte. Denn gilt die Klage im Fall totalen Ungehorsams für liquid und eingestanden, weil die Urkunden für rekognoszirt zu erachten sind, so muß geradeso in unserm Fall des partiellen Ungehorsams erkannt werden. Daß hiezu weder der Ablauf der Frist abgewartet zu werden braucht, noch eine peremtorische Ladung ad excip. nothwendig ist, ergibt sich aus Fall I. und III. dieser Abhandlung. Trifft nämlich hier den Beklagten sofort der Ausschluß mit den nicht vorgebrachten Einreden, wie früher nachgewiesen wurde, so muß ihn auch sofort der Ausschluß mit der Antwort treffen, ohne daß die Frist abgelaufen ist, und die poena confessi angedroht wurde, weil die Antwort durch die fingirte Rekognition der Ur-

kunden den Charakter der Einlassung abgestreift und jenen der Einrede angenommen hat, wie ich in der Abhandlung III. dargethan habe.

Dagegen ist — und hiedurch unterscheidet sich unser Fall VI. nr. 3 von allen andern Fällen des partiellen Ungehorsams — ein Contumazialanrufen des Klägers nothwendig, denn die unterlassene Erklärung auf die Urkunde ist ein Ungehorsam, und die poena recogniti eine Strafe des Ungehorsams; die letztere muß daher nicht bloß angedroht, sondern es muß auch um deren Vollzug nachgesucht werden. Nur tritt hier — wegen des partiellen Ungehorsams — das Eigenthümliche ein, daß sogleich nach der Mittheilung der Exceptionsschrift an den Kläger dieses Contumazialanrufen gestellt werden kann, während das beim totalen Ungehorsam erst nach Ablauf der Frist möglich ist. Sowie aber der Kläger contumaciam accusirt und die Fällung des Contumazialerkenntnisses verlangt hat, muß der Richter die poena recogniti et confessi aussprechen, d. h. die Urkunden für rekognoszirt erklären und den Beklagten mit der Antwort präkludiren; bis zur Stellung des Contumazialanrufens kann aber der Beklagte immer noch durch Diffession der Urkunden oder wenigstens Ableugnung ihres Inhalts — Negation des Klaggrundes — das Paevenire spielen und so die Ungehorsamsfolgen abwenden. Einreden kann er aber keine mehr nachbringen, damit war er schon im Moment der Einreichung seiner ersten Exceptionsschrift präkludirt. —

ad 2.

Wir kommen nun zur Besprechung des letzten Falles, da Beklagter den Klagegrund abgeleugnet, aber auf die Urkunden keine Erklärung abgegeben hatte.

Natürlich trifft ihn hier wieder die poena recogniti. Denn es versteht sich wohl von selbst, daß die Ableugnung der Klage die fehlende Erklärung auf die Urkunden nicht ersetzen könne, und daß aus dem Widerspruch der Klage nicht etwa auf eine Diffession der dieselben belegenden Urkunden geschlossen

werden darf. Die letzten gelten vielmehr als rekognoszirt, weil sich der Beklagte über ihre Echtheit nicht geäußert hatte.

Vorausgesetzt wird aber hiezu:

1) Daß der Beklagte zur Erklärung über die Echtheit der Urkunden peremtorisch, d. h. sub poena recogniti aufgefordert wurde. Mit den nicht vorgebrachten Einreden kann er zwar auch bei dilatorischer Ladung präkludirt werden, wenn er litem contestirt hatte. (S. diese Abhandlung Fall I. und III.) Die poena recogniti kann aber ohne vorausgegangene Androhung nicht verhängt werden; denn einmal:

a) Handelt es sich hier um eine Einlassung, die für den Richter nothwendig ist, bei den Einreden aber um eine bloße Vertheidigung.

Sodann:

b) Wenn bei der Fiktion negativer Antwort der Richter die Exceptionsschrift vorerst ad emendandum zurückgeben soll, um zu erfahren, ob nicht vielleicht der Beklagte die unbeantwortet gelassenen Facta der Klagsgeschichte zugebe, und auf diese Weise im Interesse des Klägers eine Beweisauflage zu ersparen, — um wie vielmehr muß bei der Fiktion affirmativer Antwort (nämlich der poena recogniti) im Interesse des Beklagten eine Zurückgabe ad emendandum, d. h. eine wiederholte und peremtorische Ladung vorausgehen! —

Zur Verhängung der poena recogniti wird weiter vorausgesetzt:

2) Daß Gegner in der Replik contumaciam accusirt, d. h. auf Verhängung dieses Rechtsnachtheils angetragen hatte, nicht aber auch:

3) Daß die Exceptionsfrist abgelaufen ist.

Den Beklagten trifft daher die poena recogniti, sowie Kläger contumaciam accusirt hatte. Bis dahin kann die Diffession nachgetragen werden, nicht aber bis zum Ablauf der Frist. Denn zur vollständigen Vertheidigung gehört gewiß auch die Erklärung über die Echtheit der Urkunden. Da nun der Beklagte hiezu speziell und zwar sub poena recogniti aufge-

fordert wurde, so mußte er sich, wenn er excipirte, auch über die Urkunden erklären. Er hat 30 Tage Zeit zu seiner Vertheidigung; wenn er aber einmal excipirt, so ist ihm doch durch den

J. R. A. §. 37

zur Pflicht gemacht, sämmtliche dahin gehörigen Handlungen, die dilatorischen wie die peremtorischen Einreden zu verbinden, und folglich auch die Erklärung auf die Urkunden gleich mit der Antwort und den Einreden vorzutragen. —

B. Folgen des partiellen Ungehorsams, wenn für den Klagegrund eine Rechtsvermuthung streitet.

Hat der Kläger eine Rechtsvermuthung für sich, deren Prämissen bereits liquid sind, sei es durch schleunigen Beweis, oder durch Zugeständniß des Beklagten oder durch Notorietät, und der Beklagte vertheidigt sich durch Einreden, ohne sich über den Klagegrund vernehmen zu lassen, so kann über oder gegen denselben ebensowenig ein Beweis aufgelegt werden, als im Fall totalen Ungehorsams, weil der Klagegrund durch die Rechtsvermuthung liquid und vom Beklagten nicht widersprochen wurde, somit als zugestanden betrachtet werden muß. Den Beklagten trifft also die poena liquidi et confessi bezüglich des Klagegrundes beim partiellen Ungehorsam ebenso, wie beim totalen.

Während aber zur Verhängung derselben dort eine wiederholte und peremtorische Ladung, der Ablauf der Frist und Contumazialanrufen des Gegners nothwendig ist, fallen hier — beim partiellen Ungehorsam — alle diese Voraussetzungen hinweg, die poena liquidi et confessi tritt vielmehr sofort und von selbst ein.

Dagegen könnte man freilich folgenden Einwurf machen: Wenn der Beklagte bei illiquidem Klagegrund peremtorische Einreden vorbringt und die Einlassung versäumt oder unvollständig abgibt, so kann er zwar keine Einreden mehr nachtragen, aber es bleibt ihm unbenommen, die Einlassung zu

ergänzen, ja es soll ihm sogar zu diesem Zweck die Exception ad emendandum zurückgegeben werden.

vgl. v. Bayer S. 662.
Heffter System §. 365.
Meine Abhandlung oben III. S. 77.

Kann nun die Antwort auf die Klage dort ergänzt werden, wo ihre Unterlassung dem Beklagten gar keinen Nachtheil bringt, indem bei fortgesetztem Ungehorsam die Klage doch zuletzt als widersprochen fingirt werden muß,

vgl. v. Bayer a. a. O.,

um wie vielmehr — sollte man glauben — muß die Antwort auf den Klagegrund in unserem Fall ergänzt werden dürfen, wo den ungehorsamen Beklagten die poena confessi trifft, ohne daß dieselbe angedroht wurde und angedroht zu werden brauchte?! —

Dieser Einwurf widerlegt sich einfach aus dem sub II Erörterten. Bei illiquidem Klagegrund bedarf der Richter der Antwort des Beklagten. Diese ist also stets willkommen, und muß, falls sie nicht erfolgt, durch eine Fiktion ersetzt werden. Ist aber der Klagegrund liquid, sei es durch Beweis oder durch eine Rechtsvermuthung, so erscheint die Antwort nicht für den Richter, sondern bloß für den Beklagten nothwendig, um sich den Gegenbeweis zu salviren; wird sie daher unterlassen, so braucht sie nicht als geschehen fingirt zu werden, sondern der Beklagte wird damit geradeso präkludirt, wie mit seinen Einreden. Tritt nun die Präklusion der nicht gleichzeitig vorgeschützten Einreden sofort und von selbst ein,

v. Bayer S. 654 u. 659

so muß auch die Präkludirung der nicht gleichzeitig abgegebenen Antwort, d. h. des Widerspruchs, ebenso eintreten.

V. Abhandlung.

Zur Lehre von der Beweisanticipation.

I. Unterschied zwischen ihr und der Verbindung des Beweises mit der Klage.

Wenn der Kläger seinen ganzen Klagegrund, oder einen Theil desselben durch Urkunden beweisen kann, und wenn er diese Urkunden gleich der Klage beilegt, sei es im Original oder in Abschrift, so soll der Richter dieselben dem Beklagten mit der Aufforderung mittheilen, sich gleich in seiner ersten Antwort sub poena recogniti zu erklären, ob er sie rekognoszire, diffitire, oder die Originalproduktion verlange und bis dahin seine nähere Erklärung sich vorbehalten wolle.

J. R. A. §. 36 u. 39.

Diese Art freiwilligen Beweisantritts — Verbindung des Beweises mit der Klage oder Exception genannt — ist bekanntlich für keine eigentliche Beweisanticipation zu halten, weil in der richterlichen Verfügung — die Aufforderung des Beklagten ad recognosc. vel diffitendum abgerechnet — gar nicht darauf geachtet, sondern geradeso dekretirt wird, als wenn die Verbindung nicht stattgefunden hätte. Es wird nämlich das Vorverfahren keineswegs als geschlossen, das Beweisverfahren als eingeleitet angenommen, folglich der Beklagte nicht zur Antretung seines direkten Gegenbeweises eingeladen, wie bei der *eigentlichen* Beweisanticipation, (d. h. dem freiwilligen Beweisantritt anstatt der Replik), — sondern er wird zur Ver-

nehmlassung, d. h. zur Beantwortung des Klagegrundes[1]) und zur Vorbringung seiner Einreden aufgefordert (J. R. A. §. 39), nöthigenfalls wird auf Beweis gesprochen, wenn nämlich die Klage abgeleugnet oder eine wahre Einrede vorgebracht wurde.

Der Grund dieser verschiedenen Behandlung der eigent=

[1]) Eine Aufforderung zur L.=E. scheint hier so wenig am Platz zu sein. als beim Executivprozeß, dessen Eigenthümlichkeit bekanntlich darin besteht, daß mit der Klage der Urkundenbeweis verbunden werden muß. v. Bayer lehrt in seiner

Theorie der summarischen Prozesse §. 46 S. 110.

„Während sich der Beklagte im ordentlichen Verfahren auch durch bloßes Ableugnen des historischen Klagegrundes schützen kann, fällt diese Art von Vertheidigung im Executivprozeß von selbst hinweg, weil der Kläger bereits den Beweis übernommen hat, zu dessen Herstellung er in Folge einer vernei=nenden Antwort verpflichtet werden könnte."

Dieser Grund trifft bei der Beweisanticipation auch zu. Der Unterschied liegt bloß darin, daß um die Einleitung des Executivprozesses nicht gebeten wurde, obwohl alle Voraussetzungen hiezu gegeben sind. Man sollte daher glauben, die Einlassung könne hier ebensowenig vorkommen und würde ebenso zwecklos sein, wie im Executivprozeß. Dieß ist aber doch nicht der Fall und zwar aus nachstehenden Gründen:

1) Weder im ordentlichen Verfahren, noch im Executivprozeß ist der Klagsbeweis durch die Beilegung der Urkunden vollendet, wenn diese Privaturkunden sind; vollendet wird er erst durch deren Rekognition von Seite des Beklagten. Diffitirt nun der Beklagte die Urkunden, und zwar mit Erfolg, so wird seine Antwort auf den Klagegrund im ordentlichen Prozeß nothwendig, während sie für diesen Fall im Executivprozeß als völlig überflüssig erscheint, weil nach miß=lungenem Urkundenbeweis der Kläger in dieser Prozeßart abgewiesen werden muß. —

Sodann:

2) Im ordentlichen Prozeß kann der Beklagte den Klagegrund, wenn er auch die beigelegten Urkunden rekognoszirt, doch einfach widerspre=chen, weil es ihm unbenommen bleibt, diesen Widerspruch seiner Zeit im Weg des direkten Gegenbeweises, der bekanntlich auch wider den durch Urkunden geführten Hauptbeweis zulässig ist, auf irgend eine Art dar=zuthun. Im Executivprozeß ist zwar dieser direkte Gegenbeweis zulässig allein einmal muß derselbe ebenfalls durch Urkunden geliefert werden, dann muß er in dem auf die Imploration anberaumten Ver=handlungstermin sofort angetreten, also mit der Erklärung auf die klägerischen Urkunden verbunden werden. Im Executivprozeß ist also bloß diese Gegenbeweis, nicht aber der einfache Klagswiderspruch zulässig.

lichen und uneigentlichen Beweisanticipation liegt aber in der Natur der Sache. Geschieht die Verbindung des Beweises schon mit der Klage, so kann der Beklagte zwar zur Erklärung auf die Urkunden, nicht aber zur Antretung des Gegenbeweises aufgefordert werden, einmal weil der Richter noch gar nicht weiß, ob Beklagter auch wirklich den Klagegrund widersprechen werde, und dann weil es möglich ist, daß Beklagter wahre Einreden entgegensetzt, worüber doch erst auf Beweis gesprochen werden muß, durch ein Beweisinterlokut aber der Zweck der Beweisanticipation vereitelt wird.

Aus dem zuletzt Gesagten ergeben sich nun meines Erachtens:

II. Die Voraussetzungen der eigentlichen Beweisanticipation.

Soll diese ihrem Zweck entsprechen, so wird auf Seite des Klägers (der den Beweis der widersprochenen Klage anstatt der Replick anticipiren will), vorausgesetzt, daß in der Exception keine wahre Einrede enthalten ist; — auf Seite des Beklagten aber (der den Beweis der widersprochenen Einreden anstatt der Duplik anticipiren will), daß dieser die Klage zugesteht und in der Replik keine wahren Repliken vorbringt. Denn die Beweisanticipation ist eine freiwillige Sache, der Richter kann daher den Gegner des Anticipanten nicht gleichfalls zur Beweisanticipation über die vorgebrachten Einreden oder Repliken veranlassen. Erkennt aber der Richter bei anticipirtem Klagsbeweis auf Beweis der vorgebrachten Einreden, bei anticipirtem Einredebeweis auf Beweis der Klage oder Replik, so wird offenbar der Zweck der Anticipation vereitelt, welcher eben in der Ueberspringung des Beweisinterlokuts besteht.

Dem Anticipanten wird zwar gewöhnlich eine peremtorische Frist zur Nachbringung der etwa zurückgehaltenen Beweismittel gegeben, um künftigen Nachholungen und einem Erkenntniß auf bessern Beweis vorzubeugen, wenn der anticipirte Beweis mißlingen, oder durch Gegenbeweis paralysirt würde.

vgl. v. Bayer S. 757.

Allein der Anticipant kann die sofortige Aufforderung seines Gegners ad reprobandum durch die einfache Erklärung ermöglichen, daß er keine andern Beweismittel habe, oder für nöthig halte, also auf die Beweisfrist verzichte. Denn das Dekret, welches eine solche vorschreibt, ist rein prozeßleitend, es wird bloß im Interesse des Anticipanten und der Prozeßabkürzung erlassen. Dagegen ist freilich das andere Dekret, wodurch der Beklagte ad reprobandum aufgefordert wird, für diesen in dem Fall gravirend, wenn die Beweisanticipation zugelassen wurde, obgleich Kläger das rechte Beweisthema verfehlt, oder nicht erschöpft hatte. In diesem Fall muß es doch dem Beklagten gestattet sein, sich dagegen zu beschweren und er kann diese Beschwerde, weil das Dekret ein einfaches ist, zunächst beim erkennenden Richter im Weg der Remonstration, und erst wenn diese erfolglos ist, d. h. ein Inhäsivbescheid ergeht, beim Oberrichter, auf dem Weg der Appellation, geltend machen.—

Die oben enumerirten Voraussetzungen der Beweisanticipation wurzeln meines Erachtens in der Natur der Sache und dem Grundgedanken des Instituts, sind aber gleichwohl von den Schriftstellern noch nicht hervorgehoben und gewürdigt worden. Ja Mittermaier spricht sich sogar, wenigstens implicite, gegen die Nothwendigkeit dieser Voraussetzungen aus.

vgl. Archiv für die civ. Praxis Bd. I. S. 191—196.

VI. Abhandlung.

Ueber die aus dem Mangel der Sachlegitimation angeblich entspringende Nichtigkeit.

Siehe meine Abhandlung in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 17 und 18 (v. J. 1860—61).

I. Abtheilung.

Wenn ein Prozeß durchgeführt wurde, in welchem es dem Kläger an der Aktiv- oder Passivlegitimation — oder auch an der Prozeßlegitimation — fehlt, so ist dieser Prozeß für den wahren Berechtigten eine res inter alios acta, und daher ohne alle verbindende Kraft.[1]) Dieß ist ein in Theorie und Praxis ganz unbestrittener und allgemein anerkannter Grundsatz.

Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 100—108.
Brackenhöft, Erörterungen zu Linde's Lehrbuch S. 326 sq.
v. Bayer, Vorträge. 7. Aufl. S. 42, 8. Aufl. S. 69 a. E.
Schmidt, Handbuch I. S. 184, 185 und 187.

Sehr bestritten dagegen ist die Frage, welchen Einfluß der Mangel der Sachlegitimation auf das Streitverhältniß und die streitenden Parteien hat.[2]).

---

[1]) Dieß zeigt sich sowohl bei dinglichen, als auch bei persönlichen Klagen bei den letztern in der Art, daß bei mangelnder Aktivlegitimation der Verurtheilte durch Erfüllung des Urtheils von seiner Verpflichtnng nicht liberirt wird, bei mangelnder Passivlegitimation der wirkliche Schuldner durch die Leistung des Verurtheilten nicht befreit wird.

S. Brackenhöft a. a. O. Note 4.

[2]) „Daß die Parteien, welche nicht als die rechten mit einander gestritten haben, sich zum Schadenersatz verpflichtet werden können, folgt aus allgemeinen Grundsätzen, auch ist hier mindestens der Begriff der temeritas litigandi begründet fr. 3 D. (4. 16.)" So lehrt Sintenis in seinen Erläuterungen I. S. 578.

Die älteren Rechtslehrer und praktischen Schriftsteller nehmen unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens wegen mangelnder Sachlegitimation an, ohne jedoch genau anzugeben, was sie sich unter diesem Mangel denken, ohne sich näher über die Bedeutung der unheilbaren Nullität auszusprechen.

Vgl. z. B. Mevius V. dec. 13, 188.
Slevogt §. 26. Ludovici §. 7 und 8.
Wernher, Observ. for. VI. 374.
Claproth, ordentlich. Proz. §. 71.
Danz, ordentlich. Proz. §. 125.
Hofacker, princ. juris §. 4515.

Mit Recht unterscheidet aber

Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen S. 102—108:

1) Trat ein falscher Kläger in dem frühern Prozeß auf und erwirkte ein condemnatorisches Urtheil, welches den Beklagten in eine Summe Geldes verurtheilte und das dieser erfüllte, so kann der wirklich Berechtigte dessenungeachtet gegen seinen Schuldner auftreten. Hat dieser nun auch den wahren Gläubiger befriedigt, somit zweimal bezahlt, so kann er das dem vermeintlichen Gläubiger Gezahlte nicht mit der condictio sine causa oder indebiti zurückfordern, denn dieser wird ihm exc. rei judicatae opponiren, worauf er nicht repliciren kann, daß durch ein späteres Urtheil ein Anderer als Gläubiger anerkannt worden, weil dieses Urtheil den frühern Kläger nicht bindet. Hat jedoch der Schuldner das frühere Urtheil noch nicht erfüllt, so kann er vom ersten Kläger Caution fordern, daß er ihn gegen den zweiten vertreten wolle.

3) Wurde aber ein falscher Beklagter im früheren Prozeß belangt, und condemnirt, so hat der vermeintliche Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger auch den wahren Debitor mit Erfolg angeklagt hat das ohne Grund Gezahlte mit der condictio sine causa zurückzufordern. Denn der Gläubiger hat hier den Gegenstand seiner Forderung zweimal erhalten, nach strengem Recht aus verschiedenen Gründen, in der That aber doch aus demselben Grunde, indem durch beide Urtheile nur eine Obligation anerkannt werden sollte. Wenn daher der Beklagte die exc. rei judic. entgegensetzt, so wird der Kläger die replica doli opponiren, und anführen, daß der Gläubiger durch die zweite Klage gegen einen Andern diesen als den wahren Schuldner anerkannt habe, also mit sich selbst in Widerspruch gerathe, wenn er nun wieder den erstern für seinen Schuldner erkläre. Nur dann bleibt es beim Erfolg des früheren Prozesses, wenn der Gläubiger die Klage gegen den wahren Berechtigten verschmähen und sie auch dem vermeintlichen Schuldner nicht cediren wollte.

Thibaut, Pandekt. §. 1058.
Grolmann, §. 56. S. 61.
Gensler, Handbuch zu Martin Nr. V. S. 181
(der jedoch die Nullität auf den Fall beschränkt, wenn der Legitimationspunkt an der gehörigen Stelle oder in dem ganzen Prozeß nicht angeführt oder gar kein Beweis darüber beigebracht ist).

Von den neueren Schriftstellern hat

Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 97—100

den fraglichen Gegenstand zuerst eingehend behandelt, und nach Gensler's Vorgang zwischen formellen und materiellen Mangel der Sachlegitimation unterschieden.

Formell fehlt die Sachlegitimation (nach Bethmann), wenn der Legitimationspunkt in der Klageschrift oder im ganzen Prozeß gar nicht angeführt, oder nicht richtig angeführt, oder vom Richter ganz unbeachtet geblieben ist. Materiell fehlt dagegen die Sachlegitimation, wenn die Parteien der rechte Kläger und Beklagte nicht sind. Wegen materiellen Mangels der Legitimation zur Sache — lehrt Bethmann — kann niemals Nichtigkeit eintreten, wohl aber wegen formellen Mangels, soferne der materielle Mangel hinzutritt. (Denn der Legitimationspunkt ist nach Bethmann ein wesentliches Stück des Klagegrundes und des Beweisinterlokuts. Fehlt er daher, so muß die Klage und das ganze darauf gebaute Verfahren ungiltig sein, soferne Kläger nicht im Stande ist, die Legitimation zu beschaffen. Kann er aber dieses, so ist der der Strenge der Rechte nach ungiltige Prozeß aufrecht zu erhalten, weil die nochmalige Verhandlung der Sache ein unnützer Aufenthalt wäre.)

Die Inconsequenz dieser Theorie hat bereits v. Linde in seiner

Zeitschrift Bd. 3 S. 297 flgd.

dargelegt, und unter Berufung auf die Natur der Sache nachzuweisen versucht, daß die Nichtigkeit eines Urtheils wegen Mangels der Legitimation niemals als die Folge eines Formfehlers in der prozessualischen Verhandlung,

sondern stets nur als die Folge eines Mangels in der Person der Parteien erscheine. (Siehe unten Note 8.)

Wenn daher die Sachlegitimation bloß formell fehlt — lehrt v. Linde S. 308 — so tritt niemals Nichtigkeit des Verfahrens und Urtheils wegen Mangels der Legitimation ein. Dagegen soll Verfahren und Urtheil immer unheilbar nichtig sein, wenn die Sachlegitimation materiell fehlt, d. h. wenn die Parteien wirklich der rechte Kläger und Beklagte nicht sind, und der Richter sie dennoch ausdrücklich oder stillschweigend dafür anerkennt und auf diese materiell unrichtige Voraussetzung hin das Urtheil gesprochen hat. v. Linde beruft sich hiefür auf's Röm. Recht

fr. 1 D. (40. 16.) fr. 47 D. (42. 1.) fr. 36 D. (10. 2),

und folgert hieraus natürlich, daß die Parteien in jeder Lage des Prozesses, selbst bei der Execution, auf den Mangel der Sachlegitimation aufmerksam machen können, sowie daß der Richter von Amtswegen zur Prüfung desselben verpflichtet ist.

Vgl. auch v. Linde's Lehrbuch §. 115 vor Note 5, und §. 116 Note 2.

Unter den neueren Schriftstellern hat v. Linde's Theorie (daß der materielle Mangel der Sachlegitimation Nichtigkeit erzeuge) bloß an

Gönner, Handb. III. S. 446,
Gesterding, Nachforsch. S. 128, und
Strippelmann, die Nichtigkeitsbeschwerde nach gemeinem und sächsischen Recht (1862) S. 127 flgd.

Anhänger gefunden. Alle anderen Rechtslehrer erklären sich im gegentheiligen Sinne, denn sie sind entweder mehr oder weniger Anhänger Bethmann's, wie

Martin, Lehrbuch §. 37,
Schmid, Handbuch I S. 184—189,
Brackenhöft, Erörterungen zu v. Linde's Lehrbuch (1842) S. 336—342,
Renaud, Lehrbuch (1867) S. 204,

oder statuiren eine Nichtigkeit ob defectum in persona partium bloß wegen fehlender Gerichtsstandsfähigkeit, oder man=

gelnder Prozeßlegitimation, nicht aber wegen mangelnder Sachlegitimation.

Vgl. Planck, Dissertatio de legit. ad causam (Göttingen 1837) §. 18—22,
Sintenis, Erläuterungen. Heft 2 u. 3, S. 547—580,
v. Bayer, Vorträge 7. Aufl. S. 41 u. 42. 8. Aufl. S. 68 u. 69.
v. Seuffert in den Blätt. f. Rechtsanwendung Bd. IV. S. 66 flgd., und im Commentar über die bayerische Gerichtsordnung (Handb. des deutschen Civilprozesses) Th. II. S. 142 flgd.
Wetzell, System (1858) 2. Aufl. S. 36.

Nur Planck und v. Sintenis haben die v. Linde'sche Theorie hinreichend widerlegt, während Brackenhöft's Darstellung und nicht minder jene von Schmid so dunkel und lückenhaft ist, daß es mir wenigstens schwer wurde, mich völlig darin zurechtzufinden. Brackenhöft sagt im Eingang seiner Abhandlung:

„Linde's Compendium (S. 115 u. 116 Note 2) ist mit sich selbst im Widerspruch, wenn es die Sachlegitimation zum Klagegrund zählt und dennoch wegen Mangels derselben eine Nullität und zwar eine absolute des Verfahrens entstehen läßt. Denn ein Mangel im Grund der Klage kann eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht zur Folge haben."

Und sogar Bethmann lehrt (S. 91—93, S. 99 a. E. und S. 133), daß die Sachlegitimation nicht zu den wesentlichen Bedingungen der förmlichen Giltigkeit des Prozesses gehöre, wie die legitima persona standi in judicio und die legitimatio ad processum, und daß zwischen Legitimation und Klagegrund kein innerer Gegensatz bestehe, weil der Legitimationspunkt wesentlich Theil des Klagegrundes sei. (Noch ausführlicher ist hierüber Planck l. c. §. 18 u. 19 S. 26—28.)

Allein alle diese Gründe, welche Brackenhöft u. A. gegen die Nichtigkeit wegen Mangels der materiellen Sachlegitimation anführen, sind nur allgemeiner Art. Die Widerlegung der v. Linde für die conträre Ansicht angeführten positiven Gründe ist uns Brackenhöft schuldig geblieben.

Auch v. Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung und im Handbuch hat Linde's Ansicht nicht zu entkräften vermocht. Er sagt am Ende seiner Erörterung: „Allerdings spricht der J. R. A. §. 122 auch von einer Richtigkeit wegen unheilbaren Mangels aus der Person der Partei. Daß aber hierunter nicht bloß der Mangel der legitima persona standi in judicio und der Prozeßlegitimation, sondern auch der Mangel der Sachlegitimation zu verstehen sei, ist eine Voraussetzung, die weder in der Natur der Sache, noch in den Gesetzen ihre Begründung findet, vielmehr den Ausspruch des Paulus in fr. 36 D. fam. ercisc. geradezu gegen sich hat." —

Allein der Beweis dieser Sätze wird auch von Seuffert nicht geliefert, was um so auffallender ist, als das von ihm citirte fr. 35 D. fam ercisc. von Linde im Lehrbuch (7. Aufl.) gerade für die conträre Ansicht angeführt, und von Bethmann l. c. S. 114 in diesem Sinne interpretirt wird. S. unten S. 42 a. E. und 43.

Die Ansichten der oben genannten Schriftsteller, welche sich gegen v. Linde erklärt haben, sind übrigens durchaus nicht conform; sie harmoniren bloß in dem einem Punkt, daß sie wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation keine Nullität annehmen, im Uebrigen lassen sich fast eben so viele Abstufungen und Nuancirungen der Meinungen unterscheiden, als Namen oben genannt sind.

1) Sintenis in seinen Erläuterungen S. 547 flgd. gehört zum Theil noch der v. Linde'schen Theorie an, obwohl er dieselbe nach Planck's Vorgang bekämpft (S. 561—563); Sintenis nimmt nämlich in mehreren Fällen wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation eine Richtigkeit an (so z. B. wenn die Legitimation von einer Eigenschaft abhängt, die einen öffentlichen Charakter an sich trägt, wie die Mitgliedschaft einer Gemeinde). Er behauptet also folgerichtig, daß der Richter in diesen Fällen das Dasein der Legitimation amtlich zu berücksichtigen habe. In den übrigen Fällen folgt er aber der Theorie Planck's. S. unten Nr. 6.

2) Schmid in seinem Handbuch Theil I. S. 184—189 folgt der Ansicht Bethmann-Hollweg's (s. oben S. 92), nimmt also Nichtigkeit wegen formellen Mangels der Sachlegitimation an, soferne der materielle hinzutritt (vgl. besonders S. 185 nr. 2 a und S. 186. b).

3) Brackenhöft in seinen Erörterungen S. 336 und 337 erklärt sich zwar ebenso entschieden gegen Bethmann (S. 336 Satz 3 u. 4), als gegen Linde (S. 326 S. 1 u. 2, s. oben S. 30), allein er nimmt dann doch mit Bethmann eine Nichtigkeit an — und zwar wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs — wenn der Richter über den widersprochenen Legitimationspunkt keinen Beweis auflegte.

4) Renaud im Lehrbuch S. 204 u. 538 nimmt endlich, wie Bethmann, eine Nichtigkeit an, und zwar ex substantialibus processus, d. h. wegen Verstoßes gegen zwingende Prozeßrechtsnormen, „wenn auf einen hinsichtlich des Sachlegitimationspunktes nicht ausreichend substantiirten Anspruch verhandelt worden, vorausgesetzt, daß jener Mangel nicht durch das Stillschweigen des Gegners als gehoben erscheint.“ Siehe S. 204 Abs. 2 a. E.

Renaud folgt also Bethmann's Ansicht, jedoch mit folgenden Modifikationen:

a) Er nimmt keine Nichtigkeit an, wenn der Legitimationspunkt in der Klage zwar angeführt, aber vom Richter unbeachtet geblieben war. Ebensowenig:

b) In dem Fall, wenn der Legitimationspunkt gar nicht angeführt wurde, aber der Beklagte den Mangel nicht gerügt, die exc. libelli inepti nicht vorgeschützt hatte.

Nach Renaud tritt daher die Nichtigkeit bloß dann ein, wenn das factum legitimans in der Klage nicht angeführt, und sein Abgang in der Exception ohne Erfolg gerügt wurde. Unter diesen Voraussetzungen aber:

c) Auch dann, wenn Kläger auf die Nullitätsquerel des Gegners den Mangel der Sachlegitimation beseitigt, d. h. das factum legit. nicht bloß behauptet, sondern auch beweist, während Bethmann hierin eine Heilung der Nichtigkeit erblickt.

5) Eine besondere Theorie (Mittelmeinung) vertritt Martin in seinem Lehrbuch §. 37. Derselbe nimmt wegen formellen Mangels der Sachlegitimation keine absolute Nichtigkeit an, behauptet aber, daß der Richter (abgesehen vom Fall der oblatio liti) von Amtswegen darauf sehen müsse, ob die Sachlegitimation vorhanden sei, und daß die Parteien bis zur Rechtskraft des Endurtheils den Mangel derselben rügen können, damit die mangelnde Sachlegitimation ergänzt werde, widrigenfalls Alles bis dahin Geschehene cassirt werden müsse. Weiter ausgeführt wurde dieser Satz in

Martin's Vorlesungen (herausgegeben von dessen Sohn 1855—1857) Bd. I. S. 243—248.

(Aus der ganzen Ausführung, wie aus der Berufung auf Bethmann-Hollweg folgt mit Nothwendigkeit, daß Martin nur den formellen Mangel der Sachlegitimation im Sinn haben kann.) Endlich:

6) Planck in seiner Dissertation, v. Bayer S. 68 und 69, und v. Seuffert in seiner Zeitschrift (Blätter f. Rechtsanwendung Bd. IV. S. 66 flgd.) erklären sich unbedingt gegen den Eintritt einer Nichtigkeit wegen formellen oder materiellen Mangels der Sachlegitimation.[3])

Wir können somit die Ansichten der Schriftsteller über die Folgen der mangelnden Sachlegitimation unter folgende Hauptgruppen bringen:

I. Der materielle Mangel der Sachlegitimation hat Nullität zur Folge (die Theorie der älteren Rechtslehrer und v. Linde's).

II. Der formelle Mangel der Sachlegitimation (d. h. die Uebergehung des Legitimationspunktes in der Klagschrift, oder im Beweisinterlokut) erzeugt Nullität, aber nur dann, wenn der materielle hinzutritt (die Ansicht Bethmann-Hollweg's und Schmid's).

III. Der formelle Mangel der Sachlegitimation hat für sich allein Nullität zur Folge, wenn er vom Gegner gerügt

---

[3]) Ueber v. Bayer's Ansicht siehe das Nähere in der III. Abtheilung. Note 21 S. 136.

wurde (die Theorie Renaud's und Brackenhöft's).[4]) Jener besteht aber:

a) Nach Brackenhöft in der Uebergehung des Legitimationspunktes im Beweisinterlokut.

b) Nach Renaud in der Nichtanführung eines legitimirenden Factums im Klaglibell.

IV. Weder der formelle, noch materielle Mangel der Sachlegitimation kann eine Nichtigkeit erzeugen (die Theorie von Plank, Bayer und Seuffert). Dazu kommt:

V. Die Mittelmeinung von Sintenis: der materielle Mangel der Sachlegitimation hat in gewissen Fällen die Nullität zur Folge. Endlich:

VI. Jene von Martin: der formelle Mangel der Sachlegitimation hat diesen Effekt, aber nur ante, nicht post rem judicatam.

Von der II. und III. Theorie ist übrigens zu bemerken, daß dieselbe nichts Eigenthümliches über die Sachlegitimation aufstellt, denn ganz das Nämliche soll von jeder andern Thatsache des Klagegrundes gelten,

vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 99,

so daß im Sinne Bethmann's, Schmid's und Brackenhöft's gesagt werden muß:

„Wenn ein Urtheil auf eine unsubstanzirte Klage ge-
„gründet, oder kein Beweis über einen relevanten Punkt
„des Klagfundaments oder über eine wahre Einrede auf-
„gelegt wurde, so ist Urtheil und Verfahren unheilbar
„nichtig, gleichviel, ob die Klage in objektiver oder subjek-
„tiver Hinsicht (d. h. bezüglich der Sachlegitimation) nicht
„substanzirt erscheint, gleichviel, ob über die Legitimation
„oder über einen andern bestrittenen und relevanten Punkt
„kein Beweis aufgelegt worden."

A. M. Renaud a. a. O.

---

[4]) Nach Brackenhöft besteht aber der formelle Mangel der Sachlegitimation bloß in der Uebergehung des Legitimationspunkt's im Beweisinterlokut.

II. Abtheilung.

Es frägt sich nun: welche von diesen verschiedenen Theorieen die richtige sei, ob

A. Linde's Ansicht (man kann sie wohl die ältere Doktrin nennen) (S. oben I.), oder die Theorie der Neuern? (S. II.—VI.)

Und im letzteren Falle:

B. Welche von den neuern Doktrinen den Vorzug habe? —

ad A.

Die ältere Doktrin mit ihrer Richtigkeitslehre wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation erscheint bereits als überwundener Standpunkt. Planck in seiner oben allegirten Dissertation §. 18 — 22 und Sintenis[5]) haben dieselbe

[5]) Mit Recht lehrt Sintenis a. a. O. nach dem Vorgange Planck's §. 28 a. E.: „Für den Satz, daß das Röm. Recht zur Giltigkeit des gerichtl. Verfahrens und der Entscheidung wesentlich bedinge, daß der Prozeß unter den rechten Parteien geführt werde, werden zwei Stellen angeführt, die das aber gar nicht zu beweisen vermögen. Wäre im Röm. Recht wirklich dieser allgemeine Satz begründet, so scheint es, könnte unmöglich der bestehen daß wenn zwischen falschen Parteien eine Sache verhandelt und rechtskräftig entschieden worden, ganz abgesehen von dem absolut wahren Sachverhältniß, es zwischen ihnen dabei bewende, so daß selbst die geschehene Leistung, wenn nachher die Wahrheit an den Tag gekommen ist, nicht rückgängig gemacht werden könne. fr. 3. D. (10. 2)."

Darin scheint mir aber Sintenis zu irren, wenn er weiter lehrt, auch der J. R. A. könne nicht vom Mangel der Sachlegitimation verstanden werden, sondern nur etwa vom Mangel der legitima persona standi in judicio und dergleichen. Denn er laute viel zu allgemein, als daß er zu dem hier gewünschten Beweise dienen könne, ohne daß dieser schon anderweitig hergestellt wäre. Er erscheine wie ein Referens sine relato. Ich sage, Sintenis gehe hier zu weit, denn gerade, weil sich der J. R. A. allgemein ausdrückt, dient er ja zum Beweis! Unter dem „defectus aus der Person der Partei" kann der Mangel der Sachlegitimation gerade so gut begriffen sein, als der Mangel der Gerichtsstandsfähigkeit. Uebrigens verweist der J. R. A., was die Nullität ex defectu in persona par-

gründlich widerlegt, und möchte ich dieser Widerlegung nur noch Folgendes beifügen:

v. Linde beruft sich zur Unterstützung des Satzes, daß der materielle Mangel der Sachlegitimation Nichtigkeit zur Folge habe (s. Note 2 oben) auf's Römische Recht und zwar auf fr. 3. D. (40. 16) fr. 47. D. (42. 1) fr. 36. D. (10. 2)

Allein alle diese Stellen beweisen nur scheinbar für die Theorie Linde's.

1) Das fr. 3. D. (40. 16) lautet:

„Cum non justo contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset: idque principalibus constitutionibus cavetur.“

Wenn also — sagt der Jurist Callistratus — durch Urtheil ausgesprochen wurde, daß Jemand ingenuus sei, so soll ein solches Urtheil unwirksam sein, sowie sich herausstellt, daß ein Dritter der wahre Patron des als ingenuus Erklärten ist, der Prozeßgegner also nicht legitimus contradictor war. Allerdings ist hier von Erfolglosigkeit, und also Nullität des Urtheils, die Rede, aber nicht die formelle (prozessualische), sondern die materielle Nichtigkeit, (d. h. eben die Unwirksamkeit des Urtheils) hat der Jurist im Sinne. Er will bloß sagen, das Urtheil sei für den wahren Herrn eine res inter alios acta und daher ohne allen Effekt, keineswegs aber beabsichtigt er, das Urtheil unter den Parteien selbst und Anderen gegenüber [6]) als nichtig darzustellen. Die Richtigkeit dieser

tium anbelangt, auf die fremden Rechte. Er beweist also für oder gegen die Nullität wegen des besagten Mangels nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, d. h. nur soweit, als das Röm. und Kanon. Recht für oder gegen die Nullität ist. Er ist somit allerdings ein Referens, aber nicht ein Referens sine relato, wie Sintenis sagt, weil uns ja das Röm. und Kanon. Recht, worauf er sich bezieht, zugänglich ist.

[6]) Die Statusklagen haben bekanntlich, wie die dinglichen Klagen, eine erweiterte Wirksamkeit; es gilt bei ihnen die res judicata nicht bloß unter den Parteien, sondern in weiterem Kreise, gegen jeden Dritten l. 25 D. (1. 5)

Keller, L. C. §. 47,
Brackenhöft, Erört. §. 20,

Auslegung folgt meines Erachtens schon aus der Natur der hier angestellten Klage.

Bei persönlichen und selbst bei dinglichen Klagen ist zwar das Erkenntniß, welches den Beklagten verurtheilt, nicht bloß formell rechtsbeständig, sondern auch materiell wirksam, weil sich der nicht legitimirte Kläger (der angebliche Cessionar z. B.) darauf berufen und vom Beklagten die betreffende Leistung verlangen kann. Bei einer Statusklage dagegen (und ebenso bei persönlicher und dinglicher Klage, wenn der Kläger abgewiesen wird) ist das Urtheil zwar formell rechtsbeständig, materiell aber so gut wie wirkungslos; denn was nützt dem Beklagten oder Kläger das Urtheil, welches ihn als ingenuus erklärt (oder von der Forderung des Cessionars freispricht)? — Dem wahren Berechtigten gegenüber kann er sich ohnehin nicht darauf berufen, weil es für diesen eine res inter alios acta ist; dem als Herrn oder Cessionar aufgetretenen Gegner gegenüber hat aber das Urtheil für den Beklagten aus dem Grunde keinen Nutzen, weil jener ex hypothesi gar nicht der rechte Kläger ist, weil er durch die Rechtskraft keine Rechte verlieren kann, die er in Wirklichkeit nicht hat. Ihm gegenüber hat also das Urtheil keinen andern Effekt, als daß der Beklagte einer neuerlichen Klagestellung die exc. rei judicatae opponiren kann.

Nehmen wir aber einmal an, der Jurist hätte doch die prozessuale Nichtigkeit im Sinne, das Urtheil wäre wegen fehlender Sachlegitimation wirklich nichtig, von wem könnte dann die Nichtigkeit geltend gemacht werden? — Der wahre Patron bedarf der Nichtigkeitsbeschwerde gar nicht, für ihn ist der fragliche Prozeß eine res inter alios acta. Der unterlegenen Partei aber — dem injustus contradictor — nützt die Querel gar nichts, denn er müßte beweisen, daß er injustus contradictor, daß ein Anderer der dominus des als ingenuus Erklärten sei;

Puchta, Pandekten §. 90,
Vangerow, Pandekten §. 173,
Savigny System VI., §. 306,
nur nicht — wie oben ausgeführt wurde — gegen den wahren Dominus oder Patron. —

beweist er aber das ja behauptet er es nur, so erscheint die hierauf gebaute Querel als zwecklos, indem er sich hiedurch die Möglichkeit einer weiteren Rechtsverfolgung selbst abschneidet.

Hiemit wäre dargethan, daß in obiger Stelle bloß von der materiellen Unwirksamkeit, nicht von der formellen Nichtigkeit des Urtheils die Rede ist; zu diesem Resultat kommt auch Plank, welcher a. a. O. §. 21 lehrt:

„Facile igitur expeditur totius loci sensus hic: decretum, quo quis ingenuus est pronunciatus alio contradicente, quamvis verus patronus adsit, plane est inefficax, quasi sit nullum. Nam patrono legitimo non obstat res inter alios judicata. Neque vero decretum vires habet contra injustum contradictorem ipsum, qui jus patronatus re judicata amittere non possit, quod non habuerit. Quare eleganter legitur: „perinde est inefficax decretum etc. etc." Ex quibus colligitur, hunc quoque locum nihil probare, nisi rem inter alios actam aliis non nocere."

Vgl. auch Sintenis S. 561.

Unerklärlicher Weise behauptet aber Bethmann, welcher die fragliche Stelle zuerst ausgelegt hat (S. 109), daß bei Präjudizialklagen die Wirksamkeit der res judicata sogar gegen denjenigen gelte, der eigentlich als Gegner in jenem Prozeß hätte auftreten sollen. Bethmann deduzirt dieses aus unserer Stelle, welche zur Giltigkeit des Prozesses und Urtheils einen justus contradictor fordere, unterscheidet jedoch zwischen diesem und dem wahren Herrn, unter Berufung auf

c. 1 Cod. (7. 14).

Nicht der wirkliche Herr oder Patron sei justus contradictor (würde der Legitimationsbeweis gefordert, so sei ja damit die Sache beendigt), sondern nur derjenige, welcher es zu sein behaupte, c. 1 Cod. (7. 14). Wenn also in diesem Prozeß gegen den Contradictor gesprochen, der Stand des Andern anerkannt worden, so sei dieses Urtheil giltig, und könne selbst gegen den wahren Herrn oder Patron geltend gemacht werden.

Sintenis bemerkt dagegen an a. a. O. S. 561 Note 1 (vgl. auch Plank §. 21):

„Was Bethmann lehrt ist unverständlich; denn wer ist nun ein non justus contradictor, wenn es der nicht ist, welcher Patron zu sein behauptet, ohne es zu sein?“ — Hierauf antworte ich: ein non justus contradictor im Sinne Bethmann's muß wohl derjenige sein, welcher sich gar nicht als Herr der Person gerirt hatte, die gegen ihn auftrat und welche dann als ingenuus erklärt wurde. Nun erhält Bethmann's Auslegung einen Sinn. Wer einem non justus contradictor gegenüber als ingenuus erklärt wurde, sagt Callistratus, der ist es in Wirklichkeit nicht; wer aber einem justus contradictor, d. h. dem gegenüber freigesprochen wurde, der sich als Herr gerirte, der ist und bleibt ingenuus, auch dem wahren Herrn gegenüber. Bethmann's Auslegung des fr. 3 stützt sich also auf das argumentum e contrario; per argumentum e contrario kommt er zu dem Schluß, daß bei Statusklagen die res judicata gegen jeden Dritten, selbst gegen den wahren Herrn oder Patron wirke, wenn die Ingenuitätserklärung einem justus contradictor gegenüber geschehen war.

Allein: 1) die Unsicherheit des argumenti e contrario ist bekannt; für den concreten Fall hat aber diese Schlußfolgerung aus dem Grunde gar keinen Werth, weil zu einer so anomalen und exorbitanten Wirksamkeit der res judicata, wie sie Bethmann bei Präjudizialklagen eintreten läßt, verba expressa und imperativa, d. h. eine dieses direkt und zweideutig aussprechende Gesetzesvorschrift nöthig wäre, woran es in concreto absolut fehlt; — dazu kömmt: 2) daß derjenige, welcher nicht dominus oder patronus zu sein behauptet, zum Prozeß de statu gar nicht zugelassen werden kann. Ferner ist zu erwägen: 3) daß das Bethmann'sche Verständniß von justus und non justus contradictor auf einer mehr oder weniger willkürlichen Annahme beruht, und durch

Plank a. a. O. Note 17

längst widerlegt ist. Unter „justus contradictor“ ist, einer natürlichen und ungezwungenen Auslegung zufolge, gewiß der wirkliche Patron zu verstehen, unter „non justus contradictor“ aber derjenige, welcher sich als Patron ausgiebt, ohne es in Wahrheit zu sein, oder auch derjenige, der sich gar nicht

als Patron gerirte und doch als solcher belangt wurde. In diesem Sinn scheint auch Bülow, der jüngste Interpret, unsere Stelle verstehen zu wollen, denn er sagt am Schluß seiner Dissertatio inauguralis de praejudicialibus formulis [7]) (Breslau 1859) S. 45:

„— — Quod Bethmann-Hollweg ita accipit, ut is, qui egerit, se dominum vel patronum esse, dixerit, oporteat. At qui se non dicit dominum vel patronum esse, omnino non admittendus est ad status quaestionem alteri movendam. Hic autem sermo est de statu quaestione, quae jam facta sit a non justo contradictore; de hoc igitur, an contradictor se patronum vel dominum dixerit, non jam dubitari ac quaeri potest. Queritur, num sententia talis sit, qualis etiam ab extraneis pro veritate habeatur; quod non contingit, si quis se quidem patronum dixit, sed fraudulenter. Itaque non tam is, qui se non dicat dominum vel patronum, quam is, qui se fraudulose dixerit, injustus contradictor habendus est.“

---

[7]) Zu Ende dieser trefflichen Abhandlung (Seite 41—44) wird dargethan, daß zwar der Satz „res inter alios judicatae aliis nec prodesse nec nocere possunt“ bei Präjudizial-, wenigstens bei Statusklagen eine Ausnahme erleide, wie die Schriftsteller zu allen Zeiten angenommen haben, daß aber die exc rei judicatae durchaus nicht Jedem opponirt werden könne, der nach der rechtskräftig gewordenen Ingenuitätserklärung neuerdings mit einer Statusklage auftrete, wie die Ausleger anzunehmen scheinen, da es nach dem Digestentitel de exc. rei jud. ohne Ausnahme feststehe, daß die exceptio rei jud. nur dann wirksam vorgeschützt werden dürfe, wenn eadem conditio personarum vorliege. Der Grund der obigen Ausnahme könne daher — fährt Bülow fort — nicht hierin, sondern müsse wo anders gesucht werden. Eine Statusklage dürfe bloß vom wahren Herrn, Patron, oder Vater erhoben werden, erhalte dieser nun ein judicium und eine Sentenz, so erstrecke sich dessen Wirksamkeit auf jeden Dritten. Wäre aber die Statusklage nicht vom wahren Dominus angestellt worden, so könne die rechtskräftige Sentenz diesem letztern gegenüber keine Wirksamkeit äußern, und so sei also derselbe nicht gehindert, seinerseits mit der Statusklage hervorzutreten. Bülow kömmt somit zu dem Resultat, daß bei den Statusklagen die Wirksamkeit der res judicata sich keineswegs auf jeden Dritten erstrecke, sondern nur auf jene, welche nicht aus eigenem Recht den status anfechten können. —

2) Eine andere Stelle, worauf sich v. Linde beruft,

fr. 47 pr. D. (42. 1)

lautet:

„De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet; aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet.“

Allein diese Stelle beweist eher für das Gegentheil, denn darnach soll sich die Wirksamkeit des Urtheils bloß auf die streitenden Theile beschränken und weiter Niemand binden.

Vgl. Plank und Sintenis a. a. O.

3) In der 7. Auflage seines Lehrbuches beruft sich Linde auch noch auf

fr 36. D. fam ercisc.,

welche Stelle ebenfalls

Bethmann l c. S. 113—115

zu interpretiren versucht hat.

Der Inhalt der ganzen Stelle ist kurz dieser. Wenn ein Erbe mit einem andern, den er fälschlich für seinen Miterben hält, oder wenn mehrere vermeintliche Erben sich in den Erbtheilungsprozeß einlassen, und es sich nachher zeigt, daß die Parteien beide oder eine derselben nicht Erbe gewesen seien, so liegt gar kein Erbtheilungsprozeß vor (non est judicium familiae erciscundae, sagt Paulus); allein was zufolge des richterlichen Urtheils einer dem andern gezahlt hat, kann doch nicht zurückgefordert werden.

Bethmann a. a. O. nimmt aber Nichtichkeit des Verfahrens an. Er sagt:

„Die Worte „non est judicium familiae erciscundae“ bezeichnen nach dem Sprachgebrauch der Röm. Juristen auf das unzweideutigste die Nullität des ganzen Prozesses, und daß das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, steht damit nicht in Widerspruch. Denn die condictio indebiti, welche allein hier stattfinden könnte, ist ausgeschlossen, ubi lis inficiando crescit in duplum. Dieß war aber, wenigstens nach älterem Recht, entschieden bei der actio judicati der Fall.“

Soweit Bethmann.

Mit Recht haben sich aber Plank (Note 165) und Schmid S. 186 Note 44 gegen diese Interpretation erklärt. Plank a. a. O. bemerkt über die Worte „quamvis non sit judicium:"

„— — re vera et secundum principia doctrinae de divisoriis judiciis illud quidem non esse familiae herciscundae judicium, sed tamen partes obligatas esse re judicata. Certe Paulus, ubi quis actor servientes persecutus contra possessorem praedii servientis re judicata ricisset, quamvis non esset dominus praedii dominantis, eodem jure dixisset: non est actio confessoria, quoniam domino soli competit. Quo casu ipse Hollweg sententiam latam habere vires rei judicatae praecipit, l. c. p. 101."

Vgl. auch Sintenis S. 570 flgd.

Schmid lehrt aber a. a. O.: „Bethmann's Auslegung verdient keine Anerkennung, denn die Worte „quamvis non sit judicium" deuten nicht auf Nullität des Verfahrens hin, sondern sagen nur, wenn man sie mit den vorhergehenden Worten „sed tu videris eo moveri, quod non est familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum" verbindet, daß materiell wirklich kein Erbtheilungsstreit vorliege. Wenn es auch richtig ist, daß die condictio indebiti in den Fällen, in welchen der Grundsatz „lis inficiando crescit in duplum" gilt, ausgeschlossen ist, und daß dieser Grundsatz nach vorjustinianischem Recht bei der actio judicati Anwendung gefunden hat, so ist dadurch noch nicht erwiesen, daß in dem citirten Gesetz nur aus diesem Grunde, und nicht wegen der auctoritas rei judicatae, die repetitio ausgeschlossen sei rc. rc."

Es wären somit die Stellen widerlegt, woraus v. Linde die Nichtigkeit wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation ableitet, und es erübrigt nur noch, die Prüfung der neueren Doktrinen von Martin, Sintenis, Brackenhöft rc. rc. vorzunehmen.

Ad B.

Die Mittelmeinung von Sintenis (s. Abth. I. nr. 1 V.) ist unbedingt zu verwerfen, denn sie stützt sich bloß auf allgemeine, nicht auf positive Gründe, eine Nullität wegen materiell fehlender Sachlegitimation und folglich eine amtliche Berücksichtigung ihres Daseins kann aber bloß durch gesetzliche Vorschrift gerechtfertigt werden. Da nun Sintenis selbst die von v. Linde für die Nichtigkeit ob defectum legitimat. ad causam beigebrachten Gesetzesstellen verwirft, und die Frage, ob wegen dieses Mangels Nichtigkeit eintrete, verneint, so ist es inconsequent, wenn er in einzelnen Fällen doch eine Nichtigkeit annimmt, ohne hiefür absolut zwingende Gründe beibringen zu können. Sintenis bemerkt zwar, die Rechtskraft könne zwischen den Parteien, welche jetzt gestritten haben, darum nicht neues Recht herstellen, weil in den drei ersten Fällen (S. 578 lit. a—c.) die Existenz eines solchen Rechts von Eigenschaften abhänge, die immer noch nicht vorhanden seien, und die auch dadurch, daß sie das Erkenntniß voraussetzt, keineswegs ersetzt werden. Wer z. B. nicht Mitglied einer Gemeinde sei, werde es auch durch das Erkenntniß nicht, welches ihn als solches verurtheilt. Wer nicht Eigenthümer eines Grundstückes sei, woran eine Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird, werde es auch durch eine diese anerkennendes Urtheil nicht.

Allein so richtig an und für sich betrachtet diese Obersätze auch sind, so unrichtig ist doch der hieraus gezogene Schluß über den Eintritt der Nichtigkeit. Wer z. B., ohne Eigenthümer des betreffenden Grundstückes zu sein, die confessoria anstellt, wird es freilich durch ein die Servitut und sein Eigenthum anerkennendes Urtheil auch nicht. Allein hieraus folgt doch nicht, daß der Gegner die Nichtigkeitsklage anstellen kann, wenn er zu beweisen im Stande ist, daß Kläger gar nicht Eigenthümer ist. Vielmehr bleibt das Urtheil im Servitutsprozeß unter den streitenden Theilen solange bei Kräften, bis ein Dritter auftritt, der ein besseres Recht am fundus für sich hat und diesen dem Besitzer entreißt. Nur durch die Klage des besserberechtigten Dritten, des wahren Eigenthümers, kann also

das fragliche Urtheil seine Kraft verlieren, nicht aber durch die Nullitätsquerel der Partei selbst.

Mit Recht sagt daher

Brackenhöft a. a. O. Note 20:

„Außer Sintenis a. a. O. S. 547 flgd. wird wohl Niemand behaupten wollen, daß der Richter dann von Amtswegen für die Sachlegitimation sorgen solle, wenn sie von einer Eigenschaft abhängt, welche einen öffentlichen Charakter an sich trägt 2c. 2c." —

Wir kommen dann zur Gruppe derjenigen Schriftsteller, welche wegen formellen Mangels der Sachlegitimation Richtigkeit statuiren.

Besprechen wir zuerst Martin's Ansicht, die eine Uebergangsmeinung zur Theorie Bethmann's, Schmid's 2c. bildet. Martin (s. Abth. I. a. E. sub nr. 5 und VI.) nimmt Nichtigkeit wegen formell fehlender Sachlegitimation an, aber bloß während des Laufs des Prozesses, d. h. bloß ante, nicht aber post rem judicatam.

Martin bemerkt nämlich in seinen

Vorlesungen (v. 1855) Bd. I. S. 245

bei Motivirung der obigen Sätze:

„Selbst wenn bereits ein Zwischenerkenntniß auf Führung des erforderlichen Beweises ergangen und rechtskräftig geworden wäre, so kann das weder die Partei noch das Gericht abhalten, den etwa vorhandenen Mangel der Sachlegitimation noch jetzt bei Fortsetzung des Rechtsstreits zu rügen. Denn wäre das fragliche Beweisinterlokut allgemein auf den erforderlichen Beweis gerichtet, so müßte nach richtiger Interpretation hierunter auch die fehlende Sachlegitimation verstanden werden; wäre aber im Beweisinterlokut ein spezielles Beweisthema festgesetzt, welches sich auf die fehlende Sachlegitimation nicht erstreckte, so würde dieß ein ungenügendes, die Sache nicht erschöpfendes Beweisthema enthalten, welches darum als irrelevant zu betrachten wäre und deßhalb zu jeder späteren Zeit, namentlich bei Fällung des Endurtheils als mangelhaft verworfen werden könnte, so lange das fehlende noch nicht nachgeholt worden wäre."

Daß nun diese Theorie unhaltbar sei, bedarf kaum eines

Nachweises, sie beruht ja auf der längst als irrig erkannten Ansicht,

(vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 752 flgd.)

daß ein irrelevantes Beweisinterlokut der Rechtskraft unfähig sei. Wenn aber Martin S. 24 bemerkt: Gensler und Bethmann-Hollweg (Versuche S. 96) hätten mit Recht gezeigt, daß nach richtigen Grundsätzen ein Unterschied in Ansehung der Folgen der fehlenden Sachlegitimation (zwischen den streitenden Parteien unter sich) nach den zwei Perioden des Rechtsstreits zu machen sei, nämlich der Verhandlung ante und post rem judicatam, — so versirt er in großem Irrthum, denn weder Gensler, noch Bethmann haben dieses gelehrt, vielmehr nehmen diese absolute Nullität an, wenn die Sachlegitimation formell und materiell fehlt, unterscheiden also nicht zwischen der Periode vor und nach dem Endurtheil. Martin hat folglich Unrecht, wenn er seine Ansicht, mit der er meines Wissens allein dasteht, die Theorie Bethmann's und Gensler's nennt.

Viel consequenter ist daher Bethmann's, Schmid's und Renaud's Ansicht (s. Abtheilung I. a. E. nr. 2 –4 und nr. II. und III.), welche wegen formellen Mangels der Sachlegitimation absolute Nichtigkeit statuiren, die nicht bloß ante, sondern auch post rem judicatam urgirt werden kann. Indessen kann ich auch dieser Theorie nicht beipflichten, und berufe ich mich dagegen einmal auf dasjenige, was bereits v. Linde gegen Bethmann geltend gemacht hat.[8])

Die wegen formellen Mangels der Sachlegitimation

---

[8]) v. Linde lehrt nämlich Seite 299: „Weder im röm. noch im kanon. Recht, noch in den deutschen Reichsgesetzen ist vorgeschrieben, daß in den Fällen, worin die Rechtsbeständigkeit des Urtheils wesentlich durch das wirkliche Vorhandensein der Sachlegitimation bedingt ist, diese auch nothwendig bei der prozessualischen Verhandlung über die Hauptsache zur Sprache kommen, und der Richter sich ausdrücklich darüber aussprechen solle. Auch liegt es in der Natur der Sache, und entspricht den allgemeinen Grundsätzen über den Umfang und Inhalt der Parteihandlungen, daß in jedem Fall, der sich dazu eignet, daß die Geltendmachung des Rechts die Nachweisung der Legitimation voraussetzte, die Parteien davon abstrahiren und diese

entstehende Nichtigkeit könnte ja nur ob defectum in substantialibus processus, d. h. wegen Verletzung solcher Formen des Prozesses eintreten, ohne deren Beobachtung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens schon der Natur der Sache nach nicht erreicht werden kann. S. oben Note 3 und Abth. II. ad A.

Da aber der J. R. A. darüber keinen Aufschluß gibt, welche Formen zu den naturnothwendigen gehören, so sind die älteren Praktiker hierüber zu consultiren. Diese zählen hieher die petitio, die citatio und die probatio.

Vgl. Seyfarth, Reichsprozeß S. 659.

Es frägt sich nun, welches von diesen drei Substanzialien ist hier verletzt? —

Formeller Mangel der Sachlegitimation entsteht nach Bethmann wegen Uebergehung des Legitimationspunkts in der Klageschrift oder im Beweisinterlokut, nach Renaud bloß

Nachweisung als geschehen stillschweigend annehmen können, weil sie z. B. voraussetzen daß der Beweis ohne Anstand erbracht werden könnte, und deshalb Zeit und Kosten nicht vergeblich aufwenden wollen, und daß deßhalb auch der Richter (wenn gleich er so berechtigt als verpflichtet ist, amtlich dafür zu wachen, daß keine Nullitäten vorfallen), in gleicher Ueberzeugung über jenen Legitimationspunkt hinausgehen darf."

Ferner lehrt v. Linde S. 305 flgd.: „Es giebt kein Gesetz, welches gebietet, den Legitimationspunkt anzuführen, und deßhalb gehört das Anführen desselben auch nicht zur förmlichen Giltigkeit des Prozesses. Wird er angeführt, oder bringt ihn der Gegner oder Richter zur Sprache, so ist darüber freilich, wie über jede andere Thatsache des Klagegrundes, zu verhandeln. Wird er aber nicht zur Sprache gebracht, weil man ihn entweder als stillschweigend erledigt betrachtet, oder weil Richter und Parteien die Sache zu einer Entscheidung geeignet finden, ohne in dem Legitimationspunkt ein zu berücksichtigendes Verhältniß zu gewahren, so treten die nämlichen Folgen ein, welche bei dem Uebergehen jeder anderen Thatsache, welche, wenn sie angeführt worden wäre, auf die Entscheidung hätte einwirken können, eintreten. Der Umstand, daß in dem ganzen Prozeß der Legimationspunkt gar nicht vorgekommen ist, oder daß der Richter, obgleich der Beklagte den Legitimationspunkt nicht ausdrücklich zugestanden, darüber keinen Beweis gefordert, und dennoch im Endurtheil so erkannt hatte, als wäre die Legitimation berichtigt, scheint mir kein so wesentlicher Fehler der Form zu sein, daß nun der ganze Prozeß und das Urtheil nichtig sein müsse."

wegen des erstern, nach Brackenhöft bloß wegen des letztern Gebrechens.

Was nun zunächst:

a) Die Uebergehung des Legitimationspunktes in der Klageschrift oder den Mangel der Klagssubstanzirung anbelangt, so kann derselbe nach meinem Dafürhalten nicht als Defectus in substantialibus processus betrachtet werden. Zwar fehlt es hier an der petitio, und hätte die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden sollen. Allein Nullität tritt wegen Mangels der petitio nach der Lehre der älteren Praktiker nur dann ein, wenn der Richter verurtheilte, ohne daß eine Klage stattfand. Hat dagegen der Richter eine unsubstantiirte Klage ad excip. hinausgegeben, so ist — der Beklagte mag die exc. lib. inepti vorgeschützt haben oder nicht, — soferne das erste Urtheil die Klage nicht zurückwies und der Beklagte dagegen nicht appellirte, dem Kläger Anführung und Beweis einer ad materialia causae gehörigen Thatsache, des Legitimationspunktes, nachgelassen, man kann also nicht sagen, daß ein Urtheil auf unvollständig festgestellten Thatbestand gebaut und somit ein natürlich wesentlicher Bestandtheil, eine naturnothwendige Form des Verfahrens verletzt worden sei.

Bethmann selbst bemerkt (freilich in Widerspruch mit seiner eignen Theorie):

„In Fällen, wo der Legitimationspunkt schon an sich klar ist, wird deshalb häufig ganz darüber weggegangen; der Beklagte denkt nicht daran, ihn zu bestreiten, der Richter nicht, Beweis darüber zu fordern, weil sie ihn für tacite berichtigt annehmen, wo dann ohnedieß das Verfahren unangefochten und giltig bleibt."

Ebensowenig kann aber:

b) Die Uebergehung des angeführten Legitimationspunkts im Beweisinterlokut, als defectus in substantialibus gelten. Zwar fehlt es hier an der probatio; allein Nichtigkeit tritt wegen dieses Mangels nur dann ein, wenn, statt auf Beweis des Legitimationspunkts, definitive erkannt wurde; denn nur dann fehlt es an den natürlichen Essentialien. Der Grund der Nichtigkeit liegt jedoch in diesem Fall nicht im formellen Mangel

der Sachlegitimation als solchem, sondern darin, daß hier überhaupt kein Beweis aufgelegt, vielmehr definitive gesprochen wurde, obgleich der Beklagte einen Theil des Klagegrundes widersprochen hatte. —

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich nun, daß weder der materielle, noch formelle Mangel der Sachlegitimation eine Nichtigkeit erzeugt.

III. Abtheilung.

Was nun die möglichen Folgen des Mangels der Sachlegitimation bezüglich der verschiedenen Stadien des Verfahrens anbelangt, so lassen sich diese auf Grund des in der vorigen Abtheilung Gesagten leicht feststellen.

Dieselben sind verschieden, je nachdem die Legitimation formell[9]) oder materiell fehlt. Nehmen wir an, es habe Jemand eine Forderung eingeklagt, die nicht er, sondern ein Dritter erworben hat, so sind eigentlich bloß zwei Fälle möglich: entweder tritt Kläger alieno, oder proprio nomine auf, und der erste dieser beiden Fälle gehört überdieß gar nicht hieher, weil es hier nicht an der Sach-, sondern an der Prozeßlegitimation fehlt Indessen wollen wir auch diesen Fall hereinziehen, da er zum vollen Verständniß des zweiten absolut nothwendig ist. Mit Rücksicht auf die möglichen Mängel der Klagschrift können sich nun 4 verschiedene Fälle ergeben, wenn A die Forderung des B gegen C eingeklagt:

---

[9]) Formell fehlt aber die Sachlegitimation meines Erachtens bloß dann, wenn Kläger in der Klageschrift kein factum legitimans angeführt hat, nicht aber auch dann, wenn das angeführte Factum ein unrichtiges ist, oder der Richter versäumt hat, den Beweis hierüber aufzulegen, somit den Legitimationspunkt unbeachtet gelassen hat.

A. M. Bethmann-Hollweg a. a. O.

Vergleiche dagegen:

Brackenhöft (l. c. Note 12) und Abtheilung II. a. E.

I. Kläger tritt alieno nomine auf, d. h. er gibt an, er sei der Anwalt des B, ohne jedoch eine Vollmacht beizubringen. Hier liegt formeller Mangel der Prozeßlegitimation vor.

II. Kläger tritt proprio nomine auf und führt zugleich ein factum legitimans an, wodurch er die Forderung erworben haben will, z. B. (Cession oder Erbfall). Hier ist die Klage fehlerfrei. Wenn aber das angeführte factum legitimans unbegründet oder unwirksam ist, so haben wir einen materiellen Mangel der Sachlegitimation.

III. Kläger tritt proprio nomine auf, ohne jedoch anzuführen, wie die Forderung auf ihn übergegangen ist. Das ist formeller Mangel der Sachlegitimation.

IV. Kläger macht die Forderung des B geltend, ohne anzuführen, wie er dieselbe erworben, ohne aber auch zu erklären, daß er Stellvertreter des B sei. (Formeller Mangel der Sach- oder Prozeßlegitimation.)

Die rechtlichen Folgen werden in diesen 4 Fällen verschieden sein, je nachdem zum formellen Mangel der Prozeß- resp. Sachlegitimation der materielle Mangel hinzutritt, oder nicht. Besprechen wir die 4 Fälle der Reihe nach.

ad I.

A ist als Anwalt des B aufgetreten, ohne eine Vollmacht des B beizubringen (formeller Mangel der Prozeßlegitimation.)

Der Richter soll hier den Kläger, wenn er nicht präsumtiver Mandatar des eigentlichen Berechtigten ist, zur Nachbringung der Vollmacht auffordern, oder auch angebrachtermaßen abweisen. Geschieht das nicht, so wird Beklagter die dilatorische exc. defic. legitimationis ad processum opponiren, die er übrigens in jedem Stadium des Prozesses vorbringen kann, und auf deren Ergänzung der Richter von Amtswegen dringen muß.

c. 4. X. (1. 38.)
v. Bayer 8. Aufl. S. 377.

Wurde aber dieser Punkt den ganzen Prozeß hindurch übersehen, und zu Gunsten des Klägers erkannt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig, wenn zum formellen Mangel der Prozeßlegitimation der materielle hinzutritt, d. h. wenn Kläger wirklich außer Stande ist, das Ratificatorium seines Prinzipals beizubringen.[10])

J. R. A. §. 122.
v. Bayer l. c. S. 357 flgd. u. S. 1083.

ad II.

Kläger ist in eig'nem Namen aufgetreten, und hat auch ein factum legitimans angegeben, z. B. die Cession der Forderung, aber dasselbe ist entweder:

1) Unbegründet, oder
2) Unwirksam oder
3) Es legitimirt den Kläger überhaupt nicht.

In sämmtlichen Fällen liegt materieller Mangel der Sachlegitimation vor.

ad 1.

Ist das factum legitimans unbegründet, so kömmt es darauf an, ob nicht der Gegner die Cession vielleicht doch aus-

---

[10]) Anlangend die Form, in der die Nichtigkeit von der Partei geltend gemacht wird, so unterscheiden wir:

a) Hat der nicht legitimirte Kläger den Prozeß gewonnen, so wird der Beklagte die Nichtigkeit entweder intra fatale appellationis geltend machen, wenn das Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, sei es beim Unter- oder Oberrichter. Post rem judicatam wird er aber, wenn Kläger mit der judicati actio auf Execution anträgt, diesem Antrag mit der exc. nullitatis begegnen. Wenn endlich die Execution bereits vollzogen ist, so kann er 30 Jahre lang die querela nullitatis insanabilis anstellen.

b) Hat aber der nicht legitimirte Kläger den Prozeß verloren, dann wird der eigentlich Berechtigte klagend auftreten und der exc. rei judicatae die replica nullitatis opponiren.

drücklich zugesteht. Geschieht das wirklich, so ist der Legitimationspunkt als berichtigt zu betrachten.

v. Bayer l. S. 69.

Erfolgt aber kein solches ausdrückliches Geständniß, so muß dem Kläger der Legitimationsbeweis aufgelegt werden, gleichviel ob der Beklagte die exc. defic. legitimat. ad causam vorgeschützt, oder den Legitimationspunkt mit Stillschweigen übergangen hatte; denn die exc. defic. legitimat. ad causam ist hier keine wahre Einrede, sondern nur eine negative Einlassung, von einem Verzicht auf sie und von einer Präklusion derselben kann also im Fall ihrer Nichtvorschützung keine Rede sein, vielmehr liegt eine unvollständige Klag'sbeantwortung vor, wobei bekanntlich die Einredeschrift ad emendandum zurückzugeben ist, und im Fall fortgesetzten Ungehorsams die nicht speziell beantworteten Punkte der Klagsgeschichte als widersprochen fingirt werden. —

Wenn nun der Richter:

a) Das factum cessionis dem Kläger zum Beweis aufgegeben hatte, dieser Beweis mißlungen, oder gar nicht angetreten,[11]) vom Richter aber irrthümlich für gelungen erklärt worden war, so bleibt dem Beklagten nichts übrig, als gegen das Urtheil nach beendigtem Beweisverfahren die Appellation einzulegen; denn der Mangel der Sachlegitimation hat keine Richtigkeit zur Folge.

S. Bayer S. 69 II. und die II. Abtheilung oben.

Geradeso muß es gehalten werden:

b) Wenn der Richter den Legitimationspunkt, weil ihn der

---

[11]) Könnte der Kläger den ihm aufgelegten Legitimationsbeweis nicht liefern, würde er aber eine Prozeßvollmacht vom eigentlichen Berechtigten beizubringen im Stande sein, so dürfte er das in diesem Prozeß nicht versuchen, sondern müßte den bisherigen Streit fallen lassen, dem Beklagten sämmtliche Kosten ersetzen und einen neuen Prozeß anfangen. Denn die nachträgliche Erklärung des Klägers, den Streit, welchen er proprio nomine angefangen, nun auf einmal alieno nomine fortsetzen zu wollen, wäre eine mutatio libelli, die bekanntlich schon nach der L.-E. unzuläßig ist. (S. unten ad IV. nr. 4.) S. jedoch Note 16.

Beklagte nicht widersprochen, irrthümlich als begründet angenommen, wenn er also den Beklagten mit der exc. defic. legitimationis ad causam präkludirt und daher im Beweisurtheil keinen Beweis hierüber aufgelegt hat. Auch hier muß der Beklagte, wenn er sich durch diese Annahme gravirt fühlt, die Appellation ergreifen und zwar gegen das Beweisinterlokut. (v. Bayer erwähnt den zweiten Fall nicht.) Versäumt nun der Beklagte die Appellation, im ersten Fall gegen das Endurtheil, im zweiten Fall gegen das Beweisinterlokut, so liegt hierin ein stillschweigender Verzicht auf den gegnerischen Beweis der Sachlegitimation, sowie eine stillschweigende Prorogation anzunehmen ist, wenn Beklagter unterläßt, die exc. jud. incompet. zu opponiren, oder gegen das die Einrede verwerfende Interlokut zu appelliren.

A. M. Martin, s. oben Abtheilung I. a. E. u. Abtheilung II. a. E.

Der Beklagte kann jetzt den Nachweis der Cession nicht mehr verlangen, denn er hat dem Kläger durch Unterlassung der Appellation diesen Nachweis erlassen, und es steht somit rechtskräftig fest, daß Kläger der rechte Kläger sei, wenn er es gleich in Wahrheit nicht ist.

(A. M. Martin. l. c.)

Eben deßhalb kann auch der Beklagte das zu Gunsten des Klägers ausgefallene Endurtheil wegen mangelnder Sachlegitimation des Gegners weder mit der Appellation, noch mit der exc. oder querela nullitatis anfechten.

Uebereinstimmend hiemit erklärt sich Seuffert in den Bl. für Rechtsanw. Bd. 4 S. 66 flgd. (s. die Abtheilung I. oben nr. 6.)

Anderer Meinung sind dagegen folgende Schriftsteller:

α) v. Linde a. a. O., welcher wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation jedesmal Nichtigkeit statuirt.

β) Bethmann-Hollweg (S. 97), der wenigstens dann Nullität eintreten läßt, wenn der Richter über den Legitimationspunkt keinen Beweis aufgelegt hatte, und der Kläger wirk-

lich nicht im Stande ist, sich ad causam zu legitimiren. (Fall b. oben.) Ebenso

γ) Schmid, im Handbuch I. S. 184, der sich ganz an Bethmann anschließt, und:

δ) Brackenhöft (S. 337), der sich zwar im Uebrigen (s. unten Fall III.) gegen Bethmann erklärt, aber doch mit ihm Nichtigkeit annimmt, — jedoch wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs, — wenn der Richter die exc. deficientis legitimationis ad causam unberücksichtigt ließ. —

Wenn jedoch:

c) Gar kein Beweis aufgelegt und der Beklagte verurtheilt worden wäre, obgleich er die Forderung, oder die legitimatio ad causam des Klägers widersprochen hatte, — so würde allerdings Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig sein, und zwar ob defectum in substantialibus processus (ob defectum probationis). S. oben Abtheil. II. a. E. b. —

ad 2. und 3.

Wenn Kläger ein Faktum angeführt hat, das zwar begründet, aber unwirksam ist, oder ihn überhaupt nicht ad causam legitimirt, so ist die exc. deficient. legitimat. ad causam entweder eine wahre peremtorische Einrede (im Fall 2), oder bloß eine rechtliche Gegendeduktion (im Fall 3).

ad 2. Nehmen wir z. B. an, A klagt ex jure cesso, und B erwiedert, die Forderung sei dem A allerdings cedirt worden, aber die Cession beruhe auf einem bloßen Scheinvertrag. Hier ist die exc. def. legit. eine wahre Einrede (exc. simulationis). Wird sie nicht vorgebracht, so muß der Beklagte damit präkludirt werden. Wird sie aber, obwohl rechtzeitig vorgeschützt, vom Richter nicht beachtet, so muß wie im Fall 1 der Beklagte gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß appelliren, sonst wird dasselbe unabänderlich, denn der Mangel der Sachlegitimation hat keine Nichtigkeit zur Folge.

ad 3. Setzen wir endlich folgenden Fall: A hat für einen verstorbenen Freund die Beerdigungskosten bestritten. Er klagt nun auf Ersatz derselben gegen B, weil dieser im Namen der Erben die hiefür bestimmten Gefälle bei der Sterbekasse, in welche der Defunkt eingekauft war, erhoben hatte. Da die funeraria actio bekanntlich nur gegen die Erben geht, so wird der Beklagte die exc. def. legit. ad causam passivae opponiren. Offenbar hat diese Einwendung den Charakter einer rechtlichen Gegendeduktion; denn es ist keine quaestio facti, sondern eine reine quaestio juris, ob die funeraria auch gegen einen Nichterben angestellt werden kann. Eben deßhalb würde auch dem Beklagten die Nichtvorschützung der fraglichen Einwendung gar keinen Schaden bringen; die exc. def. leg., oder non competentis actionis muß hier von Amtswegen supplirt und der Beklagte von der Klage entbunden werden.[12]) Wenn aber die

---

[12]) Wenn der Beklagte den Klagegrund freilich unumwunden, d. h. ohne alle Einschränkung eingestanden hätte, dann müßte der sogenannte Agnitionsbescheid erfolgen und dürfte der Mangel der Passivlegitimation, d. h. des Rechtsgrundes, nicht berücksichtigt werden. Zwar darf sich das Geständniß nicht auf Rechtssätze beziehen, sondern nur auf das Rechtsverhältniß, resp. auf die demselben zu Grunde liegenden Thatsachen.

Vgl. Schmid II. S. 220.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 304.

Im vorwürfigen Fall beruht nun das Geständniß des Beklagten auf einem Rechtsirrthum, indem derselbe glaubt, die funeraria actio könne gegen ihn angestellt werden. Da aber der Beklagte — obwohl durch Rechtsirrthum verleitet — den klägerischen Anspruch unumwunden einräumt, ohne eine Vertheidigung dagegen zu versuchen, so bezieht sich das Geständniß auf das Rechtsverhältniß es liegt daher außer der Aufgabe des Richters, eine Prüfung der Motive des Geständnisses vorzunehmen, während sonst und in der Regel das Geständniß keine Kraft hat, welches sich auf Vorschrift und Inhalt der Gesetze bezieht. Nur dann müßte der Richter dem Kläger seine Hilfe versagen, wenn er durch Gewährung derselben einem gesetzlichen Verbot zuwider handeln würde, wie z. B. bei Einklagung einer unumwunden eingestandenen Spielschuld 2c. 2c.

Vgl. Seuffert, Handbuch 2. Aufl. Bd. III. S. 276. (1. Aufl. S. 215.)

Supplirung übersehen und statt Abweisung des Klägers auf Beweis der widersprochenen Foderung (Bestreitung der Beerdigungskosten) erkannt, oder der Beklagte verurtheilt worden war, so bleibt ihm, wie im Fall 1, nichts übrig, als die Appellation einzulegen, indem widrigenfalls rechtskräftig und unabänderlich feststeht, daß Kläger gegen den rechten Beklagten aufgetreten. Denn der Mangel der Sachlegitimation hat ja keine Nichtigkeit zur Folge. Das Beweisinterlokut entscheidet stillschweigend über die rechtliche Begründung, wie über die faktische Substanzirung der Klage, natürlich in bejahendem Sinn. S. ad III. a. E. (vorletzter Absatz.)

ad III.

Kläger hat kein factum legitimans angeführt, jedoch bestimmt erklärt, proprio nomine, als Eigenthümer der Forderung, (also nicht als Vertreter des eigentlichen Berechtigten) aufzutreten.

In diesem Fall liegt formeller Mangel der Sachlegitimation vor.

Der Kläger kann den Fehler des Libells nur durch Einreichung einer neuen Klageschrift verbessern, worin er erklärt, wie er die Forderung erworben hat, ob durch Erbgang oder Cession.

(S. die Abhandlung II. sub III.)

Ergänzt er den Mangel nicht, so soll der Richter die in subjektiver Hinsicht unsubstantiirte Klage von der Gerichtsschwelle zurückweisen, und zwar mit der Formel „angebrachtermaßen."

v. Bayer S. 68 I.

Seuffert, Handbuch II. S. 142 nr. 2.

Unterläßt er aber die Zurückweisung und giebt er die Klage ad excip. hinaus, so kömmt es zunächst darauf an:

a) Ob Beklagter den Mangel rügt, und

b) Wie er sich dagegen vertheidigt.

Die eigentlich indizirte Einrede ist die except. libelli

inepti; indessen könnte auch die exc. defic. legit. ad causam, ja sogar die exc. defic. legit. ad processum vorgebracht werden.

Vgl. v. Bayer S. 68 a. E.

Von der Art und Weise, wie sich der Beklagte vertheidigt, hängt dann auch das Verhalten des Klägers in der Replik ab.

Hatte der Beklagte

1) Die exc. def. legit. ad causam vorgeschützt, so ist hierdurch der Mangel des Libells, und zwar durch den Beklagten gehoben.[13]) Hatte er

2) Die exc. def. legit. ad processum opponirt, sei es allein oder in eventueller Verbindung mit der exc. libelli inepti, und war der Kläger in der Replik aus-

[13]) Die exc. def. legit. ad causam kann in doppelter Weise vorgeschützt werden, einmal so, daß Beklagter widerspricht, Kläger habe die Forderung seines (des Beklagten) Gläubigers rechtmäßig erworben, und daher den Kläger zum Beweis auffordert, daß und wie er zu der fraglichen Forderung gekommen. Hier kann der Richter nach Antrag des Beklagten auf Beweis sprechen, wird aber besser thun, die Klage ad emendandum zurückzugeben, d. h. angebrachtermaßen abzuweisen, weil das Beweisinterlokut nicht generell, sondern soviel als möglich speziell lauten soll. v. Bayer S. 742.

Der Beklagte kann aber auch in der Weise sich vertheidigen, daß er das fehlende factum legitimans für den Kläger aufdeckt, z. B. dessen Qualität als Erbe des verstorbenen Gläubigers, und dann gleich mit Widerspruch belegt, resp. die betreffenden Einwendungen dagegen erhebt. Hier kann der Kläger in der Replik kein anderes factum legitimans substituiren, und ebensowenig erklären, er sei nur Stellvertreter der Erben. (Will er das Eine oder das Andere, so muß er einen neuen Prozeß anfangen.) Der Richter muß aber hier auf Beweis sprechen, weil der Fehler des Libells durch den Beklagten vollständig reparirt wurde. Würde der Kläger in der Replik erklären, er sei nur Stellvertreter der Erben, so wäre das eine mutatio libelli, welche nach der L.-E. bekanntlich unstatthaft ist. Zwar ist in Folge dieser Mutation keine andere Vertheidigung des Beklagten denkbar, aber die bisherige erscheint doch theilweise wenigstens, als überflüssig, daher der Beklagte gegen jene Klageänderung mit Recht protestiren und verlangen könnte, daß der Kläger ihm die bisher erlaufenen Kosten ersetze und eine neue Klage einreiche. —

drücklich oder stillschweigend darauf eingegangen, so geht unser Fall III. in den Fall I. über.[14])

3) Wenn nun der Beklagte die exc. libelli inepti vorschützt, ohne daß Kläger den Mangel beseitigt (durch Anstellung einer neuen Klage), und auch der Richter denselben nicht beachtet, vielmehr auf Beweis der Forderung spricht, welche der ursprüngliche Gläubiger an den Beklagten zu machen hat, — so muß (wie im früher besprochenen Fall II. lit. b. und c.) der Beklagte gegen dieses Beweisurtheil appelliren, sonst wird dasselbe rechtskräftig und unabänderlich; zur Annahme einer Richtigkeit ist auch hier kein Grund gegeben.

S. nr. 5 und Note 15 unten.

4) Schützt aber der Beklagte die fragliche Einrede nicht vor und ignorirt er den Mangel des Libells, so könnte man vielleicht annehmen, er habe hierauf verzichtet, d. h. er habe dem Kläger die Anführung und den Beweis einer ad materialia causae gehörigen Vorbedingung nachgesehen. Hieraus würde folgen:

α) Daß der Beklagte die Einrede nun nicht mehr nachbringen könnte; und

β) Daß der Richter nach geschlossenem Schriftenwechsel den Kläger nicht mehr zurückweisen dürfte, wie er das von Anfang gekonnt und gesollt.

Allein die dilatorische exceptio libelli inepti ist ebensowenig eine wahre Einrede, als die exc. def. legit. ad cau-

---

[14]) Hatte der Beklagte die exc. def. legit. ad processum vorgeschützt, sei es allein, oder in Verbindung mit der exc. libelli inepti, dann kann der Kläger freilich in der Replik, und auch noch später, ja zu jeder Zeit sich als Anwalt der Erben geriren und ausweisen. Der Richter darf und soll aber dann den Kläger abweisen, wenn er innerhalb zu präfigirender Frist keine Vollmacht vorlegt. Unterläßt er aber das und gewinnt der Kläger den Prozeß, ohne sich ad processum legitimirt zu haben, so kann der Beklagte der judicati actio die exc. nullitatis opponiren, resp. nach der Execution das Urtheil 30 Jahre lang mit der Nullitätsquerel anfechten. —

sam (im Fall II. nr. 1 und nr. 2 lit. b. oben), aus ihrer Nichtvorschützung kann daher ebenso wenig ein Verzicht geschlossen werden, als aus der Nichtvorbringung der Legitimationseinrede im Fall II.

Die exc. libelli hat vielmehr die Natur einer rechtlichen Gegendeduktion[15]) und zwar aus folgenden Gründen:

a) Da man die Forderung eines Dritten nicht für sich einklagen kann, ohne anzugeben, wie man sie erworben, so hat die Klage, in welcher das dennoch geschieht, in der lückenhaften Form, wie sie angebracht wurde, gar keinen Rechtsgrund für sich. Erst durch Ergänzung der unvollständigen Geschichtserzählung wird der Fehler verbessert und die Klage rechtlich begründet.

b) Durch die exc. libelli inepti wird dem Kläger vorgeworfen, er habe den Thatbestand unvollständig angegeben, in dieser Fassung finde keine Klage statt. Die Frage aber, welche faktischen Asserte zum Klagfunda-

---

[15]) Die exc. libelli inepti ist eine dilatorische Einwendung, hat aber die Natur einer rechtlichen Gegendeduktion. Gleichwie nämlich die Einlassung von den peremtorischen Einreden und der Rechtsdeduktion gegen die Klage bezüglich der Frage nach der Beweislast scharf zu trennen ist, — geradeso kann auch die bunte Masse des dilatorischen Vertheidigungsstoffs nach den Begriffen von Einlassung, rechtlicher Gegendeduktion und Einrede, die hier ebenfalls vollkommen anwendbar sind, gesondert werden.

Vgl. Albrecht, die Exceptionen S. 212.
Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Except. S. 121—123.
Von der Pfordten in den Blättern für Rechtsanwendung.
Bd. 3. S. 376 flgd.

Unsere exc. lib. inepti gehört nun offenbar in die Kategorie der rechtlichen Gegendeduktion. Denn der Beklagte rügt mittelst derselben solche prozessuale Mängel, welche sich nur auf die rein rechtlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens beziehen und daher auch, ohne eine Beweisführung nöthig zu machen, nur der rechtlichen Prüfung des Richters anheimfallen. Ob die Klage substanzirt ist oder nicht, hat der Richter einzig und allein nach den Gesetzesvorschriften zu beurtheilen; ist sie nun aber wirklich unsubstanzirt, gleichviel ob in subjektiver oder objektiver Hinsicht, so fehlt es ihr am Rechtsgrund. (Siehe oben den Text.)

ment gehören, ist eine reine quaestio juris, weil das Gesetz bestimmt, durch welche thatsächlichen Momente das Klagerecht bedingt ist.

c) Die exc. libelli inepti weist auf die Dunkelheit des stat. caus. et controv. hin, der Richter ist aber bezüglich der Mittel zur Aufhellung desselben von den Parteianträgen ebenso unabhängig, als in Betreff der rechtlichen Beurtheilung der Klage. Es kann daher kein Verzicht auf diese Einrede angenommen werden, wenn sie auch vom Beklagten nicht vorgeschützt wird, vielmehr muß der Richter dieselbe von Amtswegen ergänzen. Er kann und soll daher die Klage nach geschlossenem Schriftenwechsel angebrachtermaßen abweisen oder richtiger: den Beklagten in der angebrachten Art von der Klage entbinden, — und letzterer kann folglich die exc. lib. inepti auch nach verstrichener Exceptionsfrist immer noch vorbringen.

Eine andere Meinung wird vertreten in den Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen von Hauser Bd. 7 S. 363 flgd.

Es heißt dort:

„Das Erforderniß genügender Substanzirung ist kein absoluter, sondern nur ein relativer Begriff. Alles kömmt hiebei auf die Umstände an. — — Soweit die Parteien über das bezügliche Rechtsverhältniß nicht im Streit sind, bedarf es keiner Entscheidung des Richters, und ebendeßhalb bedarf es auch insoweit keiner Substanzirung. Wenn also bei einer Schuldklage die klägerische Forderung gar nicht bestritten, sondern nur eine Einrede vorgebracht wurde, so würde es lächerlich sein, die Klage zurückzuweisen, weil Kläger seine Forderung nicht genügend substanzirt hat. Nach gepflogener Verhandlung kann die Klage nie mehr an und für sich, sondern nur in Verbindung mit dem Gesammtresultat des Prozesses geprüft werden."

Demnach würde also das über die Supplirung der nicht vorgeschützten exc. libelli inepti resp. def. legit. Gesagte nur bedingt, nämlich bloß dann anzunehmen sein, wenn der Beklagte die unsubstantiirte Forderung widerspricht, nicht aber auch dann, wenn er sie einräumt.

Dagegen verweise ich auf den früher sub II. bespro-

chenen Fall. Wenn der Kläger ein factum legitimans angegeben, und der Beklagte auf die völlig substanzirte Klage hin eine unsubstanzirte Antwort abgiebt, indem er die Forderung als solche zugibt, aber den Legitimationspunkt mit Stillschweigen übergeht und sich dann durch Einreden vertheidigt, so ist zweifelsohne die Exception ad emendandum zurückzugeben, respektive auf Beweis der Sachlegitimation zu sprechen. Denn die Antwort muß als negative geschehen fingirt werden, wenn sie verweigert wird. Offenbar kann aber der Kläger bei substanzirter Klage nicht schlimmer daran sein, als bei unsubstanzirter. Wenn das Stillschweigen des Beklagten dort nicht als Zugeständniß gilt, so kann es noch weniger hier als solches behandelt werden. Nach vorausgegangenem contradiktorischen Verfahren muß also ebenso erkannt werden, wie auf die eingereichte Klage hin, die exc. libelli muß nach wie vor der Exception ex officio betrachtet werden. —

Wenn aber kein contradiktorisches Verfahren vorausging, mit anderen Worten: wenn der Beklagte den unsubstanzirten Klagegrund unumwunden und ohne alle Einwendung eingeräumt hatte, dann dürfte der Kläger freilich nicht mehr abgewiesen werden, denn nun hat sich ja der Beklagte des Streit's begeben, er hat sich selbst verurtheilt, und dem Kläger nicht bloß den Beweis der Forderung, sondern auch die Anführung und den Beweis der Aktivlegitimation erlassen, es kommt daher der Satz zur Anwendung „confessus pro judicato habetur," es darf also gar kein Urtheil, am allerwenigsten aber ein klageabweisendes, erfolgen, sondern kann höchstens der sogenannte Agnitionsbescheid ergehen.

5) Wenn nun aber der Richter die exc. libelli inepti nicht supplirt, resp. die vorgeschützte Einrede nicht beachtet, den Kläger also weder abweist, noch auch mit dem Beweise, beschwert, daß, und wie er die Forderung erworben habe, sondern einfach auf Beweis der widersprochenen Foderung oder der dagegen opponirten Einreden erkennt, so ist es nun Sache des Beklagten, dagegen zu appelliren und auf Entbindung von der Klage in der angebrachten Art, oder wenigstens darauf anzutragen

daß dem Kläger auch der Beweis der Erwerbung der Forderung aufgelegt werde.

Unterläßt nun der Beklagte die Appellation, so steht nunmehr rechtskräftig und unabänderlich fest, daß es auf den Erwerb der Forderung von Seite des Klägers in diesem Prozeß nicht mehr ankomme, mit anderen Worten, daß der Sieg des Klägers von dieser Thatsache nicht mehr abhänge.[16])

Das Beweisinterlokut entscheidet ja stillschweigend nicht bloß über die Frage der rechtlichen, sondern auch der faktischen Begründung (Substanzirung). Legt der Richter über die Klage Beweis auf, so hält er dieselbe in rechtlicher Beziehung für begründet und in faktischer Hinsicht für vollkommen substanzirt. Hat er sich in der einen oder andern Hinsicht geirrt, so wird durch die Rechtskraft sein Fehler irreparabel. Auch das irrelevante, auch das zu

[16]) Der Kläger kann übrigens durch Vorlage einer Vollmacht des wirklich Berechtigten die durch die Rechtskraft des Beweisinterlokuts entstandene Fiktion, er sei Eigenthümer der Forderung, jederzeit entkräften, wenn die exc. libelli inepti vom Richter nicht beachtet oder nicht supplirt wurde. Es scheint diese Behauptung parador zu sein, weil die nachträgliche Erklärung des Klägers, er sei nur Anwalt des Gläubigers, und nicht der Creditor selbst, entschieden eine mutatio libelli ist, und daher schon in der Replik nicht mehr zuläßig sein sollte, um wie viel weniger also nach erschienenem und rechtskräftig gewordenem Beweisurtheil. (S. oben Note 11.)

Wenn man jedoch erwägt, daß in unserem Fall durch die fragliche Klageänderung weder eine andere Vertheidigung möglich, noch die bisherige in irgend einem Stück überflüssig wird, weil eben der Beklagte durch Unterlassung der exc. libelli inepti, resp. def. legit. ad causam sich ganz so vertheidigt hatte, als wäre Kläger Eigenthümer der Forderung, oder Stellvertreter des Eigenthümers; wenn man endlich bedenkt, daß in Folge hievon auch das Beweisinterlokut keine Aenderung — weder Erweiterung, noch Verengung — erleiden kann, und daß der Beklagte gar kein Interesse hat, gegen jene mutatio libelli zu protestiren, indem es ihm völlig gleichgiltig sein wird, ob Kläger der Eigenthümer der Forderung oder nur dessen Stellvertreter ist, so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß hier ein Fall gegeben ist, wo die mutatio libelli auch nach der L.,C. und sogar nach dem ersten Urtheil ausnahmsweise gestattet sein muß, weil der Beklagte vernünftigerweise gar nicht dagegen protestiren kann! —

eng gefaßte Beweisurtheil ist ja der Rechtskraft fähig! —

Wurde daher der Beklagte schließlich verurtheilt, ohne daß Kläger ein factum legitimans angeführt und bewiesen hatte, so kann ersterer gegen dieses Condemnationsurtheil wegen formellen Mangels der klägerischen Sachlegitimation weder appelliren, noch die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, wenn er auch darthun könnte, daß sein Gegner gar nicht der rechte Kläger gewesen; — denn der formelle Mangel der Sachlegitimation kann ebensowenig, als der materielle Mangel derselben eine Nichtigkeit erzeugen.

(S. Abtheilung II. a. E.)

Uebereinstimmend hiemit — wenigstens im Endresultate — sprechen sich Brackenhöft, Planck und Seuffert aus.

Anderer Meinung sind dagegen Bethmann-Hollweg, Schmid, Martin und Renaud.[17])

---

[17]) Bethmann-Hollweg (S. 97) nimmt im Fall III. eine Nichtigkeit wegen Formwidrigkeit des gerichtlichen Verfahrens an, vorausgesetzt jedoch, daß die Sachlegitimation auch materiell nicht vorhanden ist. Seiner Ansicht folgt

Schmid S. 185 nr. 2 lit a.

und theilweise auch

Renaud, S. 204 Abs. 2,

wogegen v. Linde die Nichtigkeit bloß wegen des materiellen Mangels der Sachlegitimation annimmt, gleichviel, ob dieselbe formell fehlt, oder vorhanden ist.

Renaud lehrt S. 204:

„Ein Urtheil, durch welches der hinsichtlich des Sachlegitimationspunktes nicht substantiirte Anspruch anerkannt wird, ist (nur) dann ungiltig, wenn jener Mangel nicht durch das Stillschweigen des Gegners als gehoben erscheint.“ —

Bethmann lehrt S. 97:

„Der Beklagte kann den Mangel der Sachlegitimation durch eine Einrede (exc. libelli inepti) und der Richter von Amtswegen rügen. Denn um dieser Unvollständigkeit willen ist die Klage ungiltig, und ebenso (?) das ganze Verfahren, welches darauf gebaut wird. Daher ist diese Rüge in jedem Punkt des Prozesses möglich (?). Doch kann vor beendigter Sache das Fehlende noch ergänzt werden, wodurch dann alles frühere convaleszirt. Ist freilich in dem ganzen Prozeß der Legitimationspunkt nicht vorgekommen, so ist dieß ein so wesentlicher Fehler der Form, daß

Urtheil und Verfahren nichtig sein muß (?); —— doch bleibt es nur dann bei der Nullität des Prozesses, wenn der materielle Mangel der Legitimation zum formellen hinzutritt."

Alle diese Sätze sind meines Erachtens bloß dann richtig, wenn Kläger es zweifelhaft gelassen hat, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten (also bloß im folgenden Fall IV., nicht in unserem Fall III.) Die Nichtigkeit tritt aber dann wegen Mangels der Prozeß-, und nicht der Sachlegitimation ein.

v. Bayer endlich lehrt in der 8. Aufl. S. 68:

„Hat der Kläger nicht einmal eine spezielle Thatsache erwähnt, durch welche ersichtlich würde, wie gerade er das in Anspruch genommene Recht verfolgen zu dürfen glaube, so soll der Richter die Klage von Amtswegen zurückweisen.... Unterläßt er dieses, und rügt auch der Angegriffene den Mangel nicht mittelst der exc. libelli inepti oder def. legit. ad processum, sondern läßt sich unbedingt in der Hauptsache ein, ohne jedoch eine die Legitimation begründende Thatsache zuzugestehen (wie z. B. die Cession oder Erbenqualität) — so würde der Kläger auch später noch zurückgewiesen werden dürfen, ja müssen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vortrag gar nicht zuzulassen."

Und in der 7. Aufl. S. 42 ergänzt er das Gesagte mit den Worten:

„Unterläßt der Richter die Abweisung, und übersieht auch der Richter den Fehler, und erkennt der Richter doch für den Kläger, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist ein solches Urtheil unheilbar nichtig. Ebendeßhalb darf der Beklagte die sogenannte exc. def. legit. zu jeder Zeit im Prozeß nachholen und der Richter kann selbst von Amtswegen auf Berichtigung dieses Punktes dringen."

Da v. Bayer im betreffenden Abschnitt von den Folgen des Mangels der Sachlegitimation spricht und im vorhergehenden Absatz nicht bloß von der exc. def. legit. ad processum, sondern auch ad causam redet, so hat es den Anschein, als würde er eine Nichtigkeit nicht nur wegen Mangels der Prozeß-, sondern auch wegen Mangels der Sachlegitimation annehmen (wegen unsubstanzirter Klage, wegen formell fehlender Sachlegitimation*), eine Ansicht, die bereits zu den überwundenen Standpunkten gehört (s. meine früheren Ausführungen hierüber). Allein es ist dennoch nicht anzunehmen, daß v. Bayer dieser Ansicht ist oder einmal war, denn niemals hat er den Mangel der Sachlegitimation, resp. den Mangel der Substanzirung zu den Nullitätsgründen gezählt. (A. M. Renaud l. c.)

Wie kommt nun aber v. Bayer dazu, vom Richter in unserm Fall III. zu sagen, er dürfe, ja er müsse auch später noch — also in jedem Prozeßstadium — den Kläger zurückweisen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vortrag gar nicht zuzulassen?! — Zweifelsohne bezieht sich diese Zurückweisung nur auf den Mangel der Prozeßlegitimation. Wenn also Kläger

*) Anmerkung. In diesem Sinne versteht auch Renaud in seinem Lehrbuch (S. 204 Note 9) v. Bayer's Lehrsätze.

ad IV.

Der Kläger hat die Forderung eines Dritten eingeklagt, aber weder ein factum legitimans angeführt, noch sonst eine Erklärung abgegeben, weder, daß er proprio nomine, noch auch, daß er als Stellvertreter des eigentlich Berechtigten aufgetreten sei.

Dieser 4. Fall unterscheidet sich wesentlich vom 2. und 3., er ist die Combination vom 1. und 3., denn es liegt entweder formeller Mangel der Prozeß- oder der Sachlegitimation vor. Was die Entscheidung dieses Falls anbelangt, wenn dem Mangel nicht abgeholfen wird, so ist sie dieselbe, wie jene des 1. Falls. Es tritt Nullität ein, aber nicht wegen fehlender Sach-, sondern wegen mangelnder Prozeßlegitimation. In praxi wird dieser Fall freilich nicht leicht vorkommen, in theoretischer Beziehung aber bietet er die interessantesten Seiten dar. Ich will daher versuchen, dieselben aufzudecken.

1) Wie im vorhergehenden Fall, so eignet sich auch hier die Klage — da sie fehlerhaft, aber der Verbesserung fähig ist — zur Zurückweisung „angebrachtermaßen."

v. Bayer S. 68. I.

---

die Forderung eines Dritten einklagt, ohne anzugeben wie er dazu gekommen, wenn dann der Beklagte den Mangel nicht rügt, ohne jedoch den klägerischen Erwerb der Forderung ausdrücklich einzugestehen, und der Richter auf Beweis der widersprochenen Forderung erkennt, so kann und soll der Richter immer noch den Kläger zurückweisen, weil er keine Vollmacht vorgelegt hat, und wird Kläger bloß durch Vorlage einer Vollmacht den Mangel ergänzen können, außerdem aber Nichtigkeit des ganzen Verfahrens als unvermeidliche Folge eintreten.

Hieraus ergibt sich nun aber fast mit Bestimmtheit, daß v. Bayer a. a. O. (S. 68 I.) unsern Fall III., wo Kläger ausdrücklich erklärt hatte, er trete proprio nomine auf, gar nicht im Sinne hat, sondern bloß den folgenden Fall IV., wo Kläger es zweifelhaft gelassen, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten. Es folgt dieß auch aus den Worten Bayers a. a. O.

„Dem Beklagten steht es frei, statt der exc. libelli inepti die Einrede der mangelnden Vollmacht von Seite des wahren Berechtigten vorzuschützen, welche — im Falle des Nichtberührens aktiv legitimirender Thatsachen, — gleichfalls begründet sein könnte." —

Allein es ist nicht möglich, mit Bestimmtheit anzugeben, — und hierin liegt die Besonderheit unseres Falls, — worin eigentlich der Fehler liegt, ob Kläger versäumt hat:

a) Sich ad causam zu legitimiren, d. h. anzugeben, daß und wie er die Forderung erworben; oder ob er versäumt hat:

b) Sich ad processum zu legitimiren, d. h. unter Beilegung der Vollmacht anzugeben, daß er als Stellvertreter des eigentlichen Berechtigten auftrete.

Wo nun der Fehler liegt, ob im Mangel der Sach- oder Prozeßlegitimation, das läßt sich natürlich nicht bestimmen. Indessen hat die Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich, daß Kläger alieno nomine aufgetreten, und also die Prozeßlegitimation vergessen hat, weil er nämlich die Forderung eines Anderen einklagte, ohne anzugeben, daß und wie sie auf ihn übergegangen.[18])

Der Richter wird daher am Besten thun, wenn er die Klage angebrachtermaßen und mit dem Beisatz zurückweist, sie werde nur dann ad excip. hinausgegeben, wenn Kläger eine

---

[18]) Man könnte vielleicht den formellen Mangel der Sachlegitimation für wahrscheinlicher halten, weil Kläger um die Verurtheilung des Gegners ihm gegenüber bittet, ohne gesagt zu haben daß er alieno nomine auftrete. Wenn man aber erwägt, daß dann die Klage als unsubstanzirt und daher fehlerhaft erscheint, während das nicht der Fall ist, wenn wir den Mangel in der unterlassenen Prozeßlegitimation suchen, so wird man sich wohl zur letzteren Annahme hinneigen. Hiezu kömmt noch der Umstand, daß der Mangel der Prozeßlegitimation in der Klage auch insoferne geringer ist, als jener der Sachlegitimation, weil er jederzeit beseitigt werden kann, während der formelle Mangel der Sachlegitimation nur durch Anstellung einer neuen Klage, also in diesem Verfahren nicht mehr gehoben werden kann. Da nun die Vermuthung für den geringeren Fehler streitet, so ist meines Dafürhaltens anzunehmen, daß es an der Prozeß- und nicht an der Sachlegitimation fehle, wenn Kläger die Forderung eines Dritten einklagt, ohne anzuführen, daß und wie er sie erworben habe. Natürlich kann aber der Kläger diese Vermuthung jeden Augenblick durch die Erklärung entkräften, er sei proprio nomine, und zwar als Erbe aufgetreten, muß aber dann einen neuen Prozeß anfangen. (S. die folgende Note)

Vollmacht von Seite dessen beibringen würde, welcher nach der Geschichtserzählung als der eigentlich Berechtigte erscheint.

Kläger muß dann entweder einfach erklären, er sei alieno nomine aufgetreten, und lege die Vollmacht bei, oder werde sie demnächst beibringen, oder er muß eine verbesserte Klageschrift einreichen mit der Erklärung, er sei proprio nomine aufgetreten und habe die Forderung durch Cession oder Erbschaft erworben.

2) Wenn aber der Richter den fraglichen Mangel übersieht und die Klage, anstatt sie abzuweisen, ad excip. hinausgiebt, so ist es nun Sache des Beklagten, den Fehler zu rügen, und entweder die exc. defic. legit. ad processum oder libelli inepti zu opponiren.

v. Bayer S. 68 a. E.

Der Beklagte wird am Besten wissen, welche von beiden Einwendungen indizirt ist. Sollte er aber hierüber im Zweifel sein, so wird er eben beide Einreden alternative und subsidiaer miteinander verbinden, oder — was auf dasselbe hinausläuft — die exc. libelli obscuri opponiren. (Doch ist die Vorschützung der exc. def. leg. ad proc. in keinem Fall nothwendig und bringt ihre Unterlassung dem Beklagten keinen Nachtheil.[19])

3) Wenn aber auch der Beklagte den Fehler des Libells übersieht oder doch nicht rügt, wenn er sich also auf die Klage einläßt, ohne die exc. libelli inepti oder def. legit. vorzuschützen, ohne jedoch eine die Sachlegitimation begründende Thatsache einzuräumen, so muß ihn der Richter nach geschlossenem Schriftenwechsel in der angebrachten Art von der Klage ent-

---

[19]) Wenn nun der Beklagte den Mangel rügt, d. h. die exc. libelli inepti vorbringt, ohne sich jedoch einzulassen, so kann Kläger diesem Mangel zwar durch Vorlage einer Vollmacht, nicht aber dadurch abhelfen, daß er ein factum legitimans angibt. Zwar scheint hierin bloß eine emendatio, keine mutatio libelli, wenigstens keine unstatthafte Aenderung zu liegen, da ja der Beklagte noch gar nicht litem contestirt hatte. Allein bereits in der

II. Abhandlung sub III. S. 22

wurde gezeigt, daß eine nachträgliche Substanzirung in diesem Verfahren nicht angeht, der Kläger vielmehr dem Beklagten alle Kosten ersetzen und einen neuen Prozeß anfangen muß, da es diesem nicht möglich war, sich bestimmt auf die Klage einzulassen.

binden. Der Beklagte kann daher die exc. libelli obscuri immer noch nachholen.

Was aber den Kläger betrifft, so kann er zwar in der Replik durch Nachbringung einer Vollmacht den Mangel seines Libells verbessern, aber nicht mehr durch die Erklärung, er sei in eigenem Namen und zwar als Cessionar aufgetreten. Schon vor der L.-C. konnte der Kläger diese Erklärung nicht mehr abgeben (s. Note 19), um wie viel weniger also nachher. Denn bekanntlich ist die mutatio libelli nach der L.-C. unstatthaft, wenn nicht der Beklagte seine bisherige Vertheidigung ohne Nachtrag gelten und sich die Klageänderung gefallen läßt. Zwar wird durch die obige Erklärung die Klage nicht geändert, sondern bloß, was ihre subjektive Seite anbelangt, erläutert, da sie gerade in dieser Richtung dunkel und zweideutig erscheint; eine Erläuterung fällt aber bekanntlich unter den Begriff der emendatio libelli und ist daher auch nach der Einlassung des Gegners gestattet. Allein die Klageschrift ist nicht bloß undeutlich, sondern bei Annahme der fraglichen Auslegung auch lückenhaft und unsubstanzirt, eine derartige Schrift kann aber durch einen der L.-C. nachfolgenden fehlerfreien Vortrag nicht aufrecht erhalten werden.

(S. die II. Abhandlung S. 22.)

Sodann wird in Folge dieser „Erläuterung" voraussichtlich eine ganz andere Vertheidigung nothwendig, als bisher, wo Beklagter den Kläger für den Anwalt des eigentlichen Berechtigten gehalten und auch Grund zu dieser Annahme hatte (siehe Note 16). Es ist daher diese „Erläuterung" in der Replik ohne Genehmigung des Beklagten nicht zulässig und bleibt folglich dem Kläger nichts Anderes übrig, als den bisherigen Prozeß fallen zu lassen, dem Gegner alle Kosten zu ersetzen, und ein ganz neues Verfahren mittelst Einreichung einer neuen Klageschrift anzufangen.[20])

---

[20]) Das Aufgeben des bisherigen Prozesses in der Absicht, einen neuen anzufangen, kann übrigens in jedem Stadium des Verfahrens, also gewiß auch dann geschehen, wenn bereits das erste Urtheil (Beweisinterlokut) gefällt wurde und dieses die Rechtskraft beschritten hat. Der Einreichung einer neuen Klage kann die exc. rei jud. aus dem Grunde nicht entgegenstehen,

4) Wenn aber nicht bloß der Beklagte in der Exception, sondern auch der Richter im ersten Urtheil den Fehler des Klaglibells übersieht und statt auf Abweisung des Klägers, auf Beweis der widersprochenen Forderung spricht, so kann der Beklagte immer noch auf Berichtigung des Vollmachtpunktes dringen, und für den Fall, daß Kläger nicht im Stande ist, sich als Stellvertreter seines Gläubigers auszuweisen, auf Cassation des Urtheils und Verfahrens mit der Nullitätsquerel antragen. — Er kann aber auch gegen das Erkenntniß appelliren und bitten, daß Kläger wegen seiner dunklen Klageschrift angebrachtermaßen abgewiesen, oder wenigstens auf Beweis der Sachlegitimation (Erwerbung der Forderung) gesprochen werde. Nur hat freilich die Appellation dann keinen Erfolg, wenn Kläger sich als Prokurator des eigentlichen Gläubigers ausweist. Wenn aber Kläger erklärt, Eigenthümer der Forderung, z. B. Cessionar zu sein, und der Appellant um seine Abweisung gebeten hatte, so darf der Oberrichter nicht auf Beweis der Cession sprechen, sondern muß den Kläger zurückweisen. —

5) Wenn der Beklagte sich nicht beschwert und das Beweisurtheil rechtskräftig geworden war, so kann er nun die exc. libelli inepti nicht mehr vorbringen, den Mangel

---

weil deren Anwendbarkeit außer durch die Identität der Streitfrage auch noch durch die Identität der streitenden Theile bedingt ist, eine Voraussetzung, die im concreten Falle gar nicht vorliegt.

vgl. v. Bayer S. 358.

Anderer Meinung ist Seuffert im
Commentar Bd. II. S. 169 (1. Aufl.)
unter Berufung auf ein Erkenntniß des Appellationsgerichts von Mittelfranken, welches die
Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 3 S. 221 flgd.
mittheilen, und worin der Grundsatz ausgesprochen wird, daß der Kläger nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlokut den Streit nicht mehr fallen lassen dürfe, in der Absicht, einen neuen mit verändertem Klagfundament anzufangen.

Allein wenn nach rechtskräftig entschiedenem Prozeß dem Kläger nicht verwehrt werden kann, einen neuen Streit mit verändertem Klagfundament anzufangen, so kann ihm das noch viel weniger durante lite verboten werden.

der Sachlegitimation nicht mehr geltend machen, denn nun muß angenommen werden, er habe hierauf verzichtet, da er sie weder excipiendo noch appellando modo geltend gemacht hatte.

Daraus folgt nun aber keineswegs, daß Kläger der rechte Kläger sei. Das Stillschweigen des Beklagten über den Legitimationspunkt in der Exception und nach Erscheinen des ersten Urtheils läßt nämlich zwei Auslegungen zu. Einmal die Auslegung, daß er den Gegner für den Eigenthümer der Forderung ansieht, und ihm Anführung und Beweis der Sachlegitimation schenkt. Dann aber auch die Auslegung, daß er den Kläger bloß für den Anwalt seines Gläubigers hält, und die Nachbringung der Vollmacht erwartet. Bei Annahme der ersten Auslegung verzichtet der Beklagte auf Anführung und Beweis der Sachlegitimation, bei Annahme der zweiten Auslegung aber durchaus nicht auf Anführung und Beweis der Prozeßlegitimation, weil er nach rechtskräftig gewordenem Beweisurtheil immer noch die exc. def. leg. ad processum vorbringen kann. Wenn nun der Kläger weder der Gläubiger selbst, noch der Anwalt des Gläubigers ist, so verliert der Beklagte bei Annahme der ersten, nicht aber der zweiten Auslegung den Prozeß. Da nun Verzichte stricte zu interpretiren sind, so muß natürlich die zweite Auslegung angenommen werden. Das Stillschweigen des Beklagten ist daher nicht so zu verstehen, als halte er den Kläger für den Eigenthümer der Forderung (wie im vorigen Falle III), sondern vielmehr in dem Sinne, daß er den Kläger für den Anwalt seines Gläubigers hält und die Nachbringung der Vollmacht erwartet. Schon der Inhalt der Klageschrift berechtigte zu der Vermuthung, daß Kläger alieno nomine aufgetreten war (s. die Note 16). Diese Vermuthung steigert sich zur hohen Wahrscheinlichkeit, nachdem der Beklagte den Fehler des Libells mit Stillschweigen übergangen, und sich auf den Streit eingelassen hatte, ohne die exc. lib. inepti vorzubringen, — nachdem sogar der Richter auf Beweis gesprochen, anstatt den Beklagten in der angebrachten Art von der Klage zu entbinden. (Auch der Ausspruch des Richters im Beweisurtheil erleidet nämlich eine doppelte Auslegung, ganz so, wie das Stillschweigen des Beklagten. Es ist möglich, daß der Richter den Kläger für den

Eigenthümer der Forderung ansieht; es ist aber gewiß viel wahrscheinlicher, daß er ihn für den Anwalt des Gläubigers hält, weil sonst dem Richter der Fehler zugemuthet werden müßte, als erblicke er in dem Stillschweigen des Beklagten über den Legitimationspunkt ein Zugeständniß desselben, d. h. den Nachlaß der Anführung und des Beweises der Sachlegitimation). Hat nun der Beklagte gegen dieses Beweisinterlokut nicht appellirt, so steigert sich die obige Vermuthung, daß Kläger alieno nomine aufgetreten, zur jur. Gewißheit, ja zur eigentlichen Fiction.

Nach rechtskräftig gewordenem Beweisurtheil kann nun der Beklagte die exc. lib. inepti, resp. def. legitimat. ad causam nicht mehr geltend machen, denn nun steht für dieses Verfahren unabänderlich fest, daß Kläger in fremdem Namen aufgetreten sei.

Keineswegs steht es aber auch fest, daß Kläger wirklich der Anwalt des eigentlich Berechtigten sei. Aus der Nichtvorschützung der exc. def. legit. ad processum folgt durchaus kein Verzicht auf diese Einrede; vielmehr kann sie der Beklagte, da sie eine Nullitätseinrede ist, in jedem weiteren Prozeßstadium bis zum Endurtheil und auch nachher noch vorbringen. Aber auch der Richter kann und soll ex officio auf Berichtigung des Legitimationspunktes dringen, weil die Außerachtlassung desselben unheilbare Nullität des Urtheils und ganzen Verfahrens zur Folge hat, wenn es dem Kläger unmöglich ist, das Ratificatorium seines Prinzipals nachzubringen. Der Richter soll daher den Kläger zur Berichtigung des Vollmachtspunktes binnen kurzer Frist anhalten, und wenn das nicht geschieht, Beweisinterlokut und vorausgegangenes Verfahren auf Antrag des Beklagten cassieren und diesen von der Klage entbinden. Der Einwurf, er könne doch nicht sein eigenes, den Parteien bereits publizirtes Beweisurtheil wieder zurücknehmen, ist unbegründet, denn dieses letztere erscheint doch nur als ein bedingtes, d. h. es wurde und konnte nur unter der Voraussetzung erlassen werden, daß Kläger die Ratihabition seines Principals nachbringen werde. Ist das unmög-

lich, so muß der Richter sein eigenes Urtheil und Verfahren auf Antrag des Klägers cassieren.

6) Wird aber die Berichtigung des Legitimationspunkt's den ganzen Prozeß durch übersehen (bringt der Kläger keine Vollmacht bei, und macht weder der Richter, noch der Beklagte auf den Mangel aufmerksam) und wird schließlich definitive zu Gunsten des Klägers erkannt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist ein solches Urtheil wegen Mangels der Prozeßlegitimation unheilbar nichtig und kann mit der exceptio, resp. querela nullitatis, mit letzterer 30 Jahre lang angefochten werden, wenn Kläger wirklich nicht im Stande ist, sich als Stellvertreter des eigentlich Berechtigten auszuweisen. Denn bloß durch Nachbringung des Ratificatoriums, nicht aber durch den Beweis eigner Berechtigung kann die Nullität abgewendet werden, deren Grund ja nicht im Mangel der Sach- sondern der Prozeßlegitimation liegt.[21])

---

[21]) Anderer Meinung sind die Schriftsteller Bethmann-Hollweg, Schmid und Renaud. Dieselben nehmen zwar ebenfalls Nullität an, aber nicht wegen fehlender Prozeß-, sondern wegen fehlender Sachlegitimation.

Bethmann lehrt:

„Ist in dem ganzen Prozeß die legitimatio ad causam gar nicht vorgekommen, so muß Urtheil und Verfahren nichtig sein, soferne Kläger nicht im Stande ist, die Legitimation noch zu beschaffen, wenn der materielle Mangel der Legitimation zum formellen hinzukömmt."

Ebenso lehrt Schmid:

„Ist die Sachlegitimation wirklich nicht vorhanden, und auch weder durch Einräumung des Gegners, noch in Folge einer darüber eingeleiteten zu jeder Zeit zuläßigen Verhandlung formell, d. h. durch rechtskräftige Entscheidung anerkannt, dann ist das Verfahren, soweit es auf der unrichtigen Voraussetzung der Legitimation beruht, absolut nichtig.

Renaud endlich lehrt:

„Ein Urtheil, durch welches der hinsichtlich der Sachlegitimation unsubstanzirte Anspruch anerkannt wird, ist dann ungiltig, wenn jener Mangel nicht durch das Stillschweigen des Gegners als gehoben erscheint."

Meiner Auffassung nach sind diese Sätze in doppelter Hinsicht unrichtig. Denn die Nullität kann in Fall IV jedenfalls dadurch gehoben werden, daß Kläger nachträglich eine Prozeßlegitimation beibringt (was jene Autoren übersehen zu haben scheinen), nicht aber dadurch, daß er sich hinterher ad causam legitimirt, was schon in der Replik, jedenfalls aber nach rechtskräftig gewordenem ersten Urtheil nicht mehr angeht. Freilich sprechen Bethmann und v.

7) Hatte nun aber der Kläger die Forderung inzwischen rechtmäßig erworben, oder war das schon vor dem Prozeß der Fall

---

Linde in ihren Abhandlungen, ebenso Schmid in seinem Handbuch und Renaud im Lehrbuch (S. 204) bloß von der aus dem Mangel der Sach- und nicht der Prozeß-Legitimation entstehenden Nullität: allein sie konnten bei Annahme des formellen Mangels der Sachlegitimation, da nämlich im ganzen Prozeß der Legitimationspunkt gar nicht berührt worden war (Fall III und IV oben), die Besprechung des Falls nicht wohl umgehen, da Kläger zwar außer Stande, sich ad causam zu legitimiren, eine Prozeßvollmacht vom wirklich Berechtigten beibringt. Indessen haben sie diese nahe liegende Eventualität doch umgangen und dadurch den Verdacht erregt, als ob die Nullität ihrer Ansicht nach bloß durch Nachbringung der Sachlegitimation, nicht auch durch Nachbringung einer Prozeßvollmacht gehoben werden könne.

Gegen Bethmann's und v. Linde's Ansicht erklären sich, wenigstens in der Hauptsache und im Endresultat Brackenhöft l. c. S. 377, Seuffert in den

Bl. f. Rechtsanwendung. Bd. 4. S. 66 flgd. und im Commentar Th. II. S. 143. (S. die Abtheilung I), endlich v. Bayer in seinen Vorträgen.

Mit Recht lehrt letzterer in der 7. Auflage S. 41:

„Hat der Kläger sich auf das factum legitimans gar nicht berufen (a), so soll der Richter die Klage von Amtswegen zurückweisen, soferne der Exhibent nicht etwa eine Vollmacht von Seite dessen beibringt, der nach dem Inhalt der Geschichtserzählung als der Berechtigte erscheint. Unterläßt er dieses, so kann der Beklagte den Mangel rügen, und wenn auch er den Fehler übersieht, und der Richter doch für den Kläger erkennt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist ein solches Urtheil unheilbar nichtig. (b) -- Eben deßwegen, weil im Falle einer gänzlichen Außerachtlassung des Legitimationspunktes das Urtheil doch nichtig sein würde, ist es gegen die allgemeine Regel dem Gegner erlaubt, die s. g. exc. def. legitimationis (c) zu jeder Zeit im Prozeß nachzuholen, und der Richter kann selbst von Amtswegen auf Berichtigung dieses Punktes bringen."

Und in der 8ten Auflage S. 68—69 sagt Bayer:

„Wenn der Kläger in der Klageschrift nicht einmal eine spezielle Thatsache erwähnt hat, durch welche ersichtlich würde, wie gerade er, oder wie er gerade gegen diesen Gegner das in Anspruch genommene Recht verfolgen zu dürfen glaube, so ist der Vortrag selbst dunkel und fehlerhaft, und der Richter soll ihn, sowie angebracht, von Amtswegen zurückweisen. (a) Ist aber der Beklagte gleichwohl ad excip. aufgefordert worden, so steht es diesem immer noch frei, den formellen Mangel des Vortrags zu rügen, indem er die Einrede des dunkeln Klagvertrags vor-

gewesen, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, um der Gefahr eines drohenden Nullitätsprozesses auszuweichen, als einen neuen

---

schützt, oder die Einrede der mangelnden Vollmacht von Seite des wahren Berechtigten, welche, — im Falle des Nichtberührens activ legitimirender Thatsachen, — gleichfalls begründet sein könnte. — Sollte aber auch der Angegriffene den Mangel nicht rügen, und sich unbedingt in der Hauptsache einlassen, — ohne jedoch eine die Legitimation begründende Thatsache zuzugestehen, so würde der Kläger auch später noch (abgesehen von dem Fall, wo sich der Beklagte »liti obtulit«) von dem Richter zurückgewiesen werden dürfen, ja müssen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vortrag gar nicht zuzulassen. (d) — Eine Verurtheilung des Beklagten bei ausdrücklich vorliegender Einrede (c) würde ungültig sein" —

Mit allen diesen Sätzen bin ich, wie aus dem Text oben hervorgeht, vollkommen einverstanden. Nur gegen die Consequenzen des Schlußsatzes muß ich protestiren:

„Eine Verurtheilung des Beklagten bei ausdrücklich vorliegender und begründeter Einrede des Beklagten (c) würde ungültig sein." (b)

Per argumentum e contrario folgt hieraus, daß die Verurtheilung des Beklagten zu Recht besteht, wenn die fragliche Einrede nicht vorgebracht wurde. (Und dasselbe sagt expressis verbis bezüglich der exc. libelli inepti (def. legit. ad causam) Renaud S. 204.) Allein offenbar kann auf den Umstand nichts ankommen, ob Beklagter die Einrede vorgebracht hat, oder nicht. Im einen, wie im andern Fall muß Nichtigkeit eintreten, wenn die betreffende Einrede eine Nullitätseinrede ist weil sie dann durch Nichtvorschützung nicht untergeht, sondern von Amtswegen ersetzt werden muß. Dieß sagt auch v. Bayer in der 7. Auflage S. 42 Abs. 1. S. oben Seite 136 a. E.

(Anmerkungen zur Note 21 S. 136 und 137.)

a) Wie bereits in Note 17 (S. 128) bemerkt worden, unterscheidet v. Bayer nicht zwischen dem Fall, da Kläger ausdrücklich erklärt hatte, er trete proprio nomine auf (Fall III.) und unserem Fall, da er es zweifelhaft gelassen, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten. (Fall IV.) Aus der folgenden Ausführung v. Bayers scheint jedoch hervorzugehen, daß er jedenfalls (vielleicht ausschließlich, — s. Note 17) unsern IV. Fall vor Augen habe.

b) Die Richtigkeit des Urtheils setzt jedoch selbstverständlich voraus, daß Kläger nicht im Stande ist, das Ratifikatorium des eigentlich Berechtigten beizubringen.

c) Ich zweifle nicht, daß v. Bayer hier bloß die exc. def. leg. ad processum im Sinne hat, obgleich er im betr. Abschnitt von den Folgen des Mangels der Sachlegitimation und im vorhergehenden Absatz nicht bloß

Prozeß anzufangen, auf welchen der vorige Streit wegen der geänderten conditio personarum natürlich keinen Einfluß hat und dessen Anregung daher der Beklagte in keinem Falle die exceptio rei judicatae opponiren könnte.

Anderer Meinung

Seufferts Commentar II S. 169 a. A.

Vgl. aber dagegen die Note 18 oben.

VII. Abhandlung.

Zur Lehre vom qualifizirten Geständniß.

Vgl. meine Abhandlung in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 15 S. 71 flgd. (1858), und meine vergleich. Darstellung des gemein. und bayer. Proz. S. 70 flgd.

Nicht leicht wurde in einer Materie des Civilprozeßes das Wasser, wie man zu sagen pflegt, so trübe gemacht, wie in jener des qualifizirten Geständnisses, und die Schriftsteller, besonders Brackenhöft in seiner scharfsinnigen Abhandlung im Archiv für die civ. Praxis Bd. 22 S. 126 fgd. S. 212 fgd. haben den Knäuel wahrlich mehr künstlich zu verschlingen, als zu lösen gewußt. In keiner andern Materie hat aber auch die Praxis ein größeres Contingent conträr entschiedener Fälle gestellt, als gerade in jener des qualifizirten Geständnisses.

Weit entfernt von der Prätention, das letzte Wort in dieser heiklen Sache zu sprechen, soll hier ein Versuch gemacht werden, die Theorie des qualifizirten Geständnisses [1]) aufzu-

---

von der exc. def. legit. ad processum, sondern auch ad causam spricht. S. die Note 13.

d) Die Zurückweisung darf aber nun nicht mehr wegen mangelnder Sach-, sondern nur wegen fehlender Prozeßlegitimation geschehen. Sieh' die vorige Note c. —

[1]) Da die Doktrin unter dem qualificirten Geständniß ein mit Einschränkungen und Zusätzen abgelegtes Geständniß versteht, so erschöpft sich die Darstellung desselben in den Compendien mit der Beantwortung der Frage,

stellen, somit vor allem den Begriff desselben auf seine engeren und wahren Grenzen zu reduziren (§. 1), woraus sich dann die eigenthümlichen Wirkungen (§. 2), die besondern Voraussetzungen seiner Wirksamkeit (§. 3), und die Normirung des Beweisthemas (§. 4), von selbst ergeben werden.

§. 1.

Das qualifizirte Geständniß, bekanntlich ein Geschöpf der Doktrin, hieß ursprünglich confessio conditionalis und war anfänglich auf den in der Glosse zu c. 9 Cod. (8. 38) erwähnten Fall beschränkt, wo der Beklagte das dem Kläger gemachte Versprechen zwar einräumte, aber entgegnete, es sei dabei eine Suspensivbedingung verabredet worden, die noch nicht eingetreten sei.[2]) Später erweiterte man den Begriff, und änderte den Namen, und heutzutage spricht man vom qualifizirten Geständniß in allen Fällen, in welchen eine Partei die Behauptungen ihres Gegners zwar einräumt, aber nur mit gewissen Einschränkungen oder Zusätzen.

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 733/34.

Daß aber mit dieser Begriffsbestimmung über das Ziel hinaus geschossen wurde, kann nicht wohl bezweifelt werden, wenn

---

wann den Kläger und wann den Beklagten die Beweislast trifft (vgl. z. B. v. Bayer S. 733—731). Für die Theorie des qual. Geständnisses scheint mir aber diese Frage gegenstandslos zu sein, wie sich aus dem Texte der obigen Abhandlung ergeben wird.

[2]) Wetzell in seinem

System des ordentl. Civilproz. S. 152 (2te Aufl.)

nennt es indirektes Leugnen. — Renaud sagt dagegen im Lehrbuche S. 251 u. 252: ein s. g. qual. Geständniß, wie es auf Grund einer Aeußerung der Glosse die ältere Theorie angenommen, gibt es so wenig (?), als eine im Zusammenhange mit diesem irrthümlichen Begriff aufgestellte Untheilbarkeit desselben. (?)

Ueber die reichhaltige Literatur des qual. Geständnisses vergl.

v. Bayer (8te Aufl.) S. 740 u. 41.

Schmid Handbuch Th. II. S. 222, Note 9.

Wetzell a. a. O. Note 11.

man erwägt, daß das qualifizirte Geständniß hienach 3 Fälle umfaßt, nämlich:

1) den Fall, wenn der Angegriffene den Grund des Angriffes zwar einräumt, aber zugleich eine peremtorische Einrede damit verbindet. Sodann:

2) den Fall, wenn er einige Behauptungen seines Gegners zwar bestimmt zugibt, dagegen andere widerspricht. Endlich

3) den Fall, wenn er sich gar nicht auf eine spezielle Beantwortung einläßt, sondern der Geschichtserzählung seines Gegners eine andere entgegensetzt, welche zwar in einigen, vielleicht in den meisten Momenten mit jener übereinstimmt, in andern aber davon abweicht, (v. Bayer 7. Aufl. S. 413), —

während doch nur der 3te Fall wirklich ein qualifizirtes Geständniß enthält. Mit Recht lehrt v. Bayer in der 7. Aufl. (1842) Seite 414:

„Eigentlich sollte man den Begriff eines qualifizirten Geständnisses nur auf den letzten Fall beschränken; denn durch das Vorschützen einer Einrede wird nicht das Geständniß an sich, sondern nur die Wirksamkeit des aus dem eingestandenen Factum entspringenden Rechts affizirt, im 2ten Fall aber ist die Erklärung eine gemischte Einlassung.“ [3])

---

[3]) Auch das ist kein qual. Geständniß, wenn der Kläger seine Klage unvollständig begründet, der Beklagte die behaupteten Asserte einräumt, die fehlenden aber aufdeckt oder widerspricht; denn der Beklagte opponirt nicht eine „andere Geschichtserzählung“ des Hergangs, sondern ergänzt bloß die mangelhafte Geschichtserzählung des Klägers, und widerspricht dann die gemachten Ergänzungen. Wenn z. B. A von B ein mutuum fordert, welches dieser dem verstorbenen Bruder C schuldig geworden und B entgegnet: „Allerdings bin ich dem C die 100 fl. schuldig. A ist auch der Bruder des C, aber er ist nicht sein Erbe, — so ist das kein qual. Geständniß, denn der Beklagte ändert nichts an der klägerischen Geschichtserzählung, er stubstituirt nicht loco des Vorgebrachten etwas Anderes, sondern widerspricht einen Thatumstand, der zur Begründung des Klagerechts wesentlich war, den aber der Kläger anzuführen unterlassen hatte. Es ist dieser Fall eben so wenig ein qual. Geständniß, als wenn Kläger gesagt hätte er sei Erbe seines verstorbenen Bruders und der Beklagte diesen Punkt dann widersprochen haben würde. In beiden Fällen ist die Erklärung des Beklagten eine gemischte Einlassung.

Hiemit stimmt überein:

Kierulf Theorie des gemein. Civilrechts I. S. 297.

und Brackenhöft a. a. O. S. 148.

Ein qualifizirtes Geständniß liegt also bloß dann vor, wenn die Einschränkungen oder Zusätze, mit welchen das Ge-

---

Dagegen sind folgende Fälle Beispiele eines wahren qual. Geständnisses. Wenn der Beklagte: a) Auf die Darlehensklage antwortet, allerdings habe er 100 fl. vom Kläger erhalten, aber nicht als Darlehen, sondern als Deposition, schulde daher auch keine Zinsen, — oder nicht als Darlehen, sondern als Schenkung, sei also nicht zur Rückgabe verpflichtet. Oder: b) Wenn er auf die Contractsklage erwiedert, er hätte allerdings mit dem Gegner contrahirt, aber unter einer Suspensivbedingung und die sei noch nicht eingetreten (vorausgesetzt, daß man der richtigen Ansicht beipflichtet, wornach hier die Beweislast den Kläger trifft); ferner: c) Wenn er auf die emti actio antwortet, er habe zwar den fraglichen Hauskauf geschlossen, aber es sei ihm auch der Garten mitverkauft worden, und bloß das Haus, nicht aber der Garten sei ihm tradirt worden. Alle diese Fälle enthalten ein wahres qual. Geständniß, denn überall substituirt der Beklagte der klägerischen Geschichtserzählung eine andere zum Theil mit ihr übereinstimmende, zum Theil von ihr abweichende und wenn nun der Kläger in der Replik darauf eingeht, wenn er das Geständniß sammt dem Zusatz acceptirt (S. oben §. 2.), so nimmt er eine mutatio libelli vor, deren Zulässigkeit, obwohl sie erst nach der L. C. geschieht, nicht bezweifelt werden kann, da der Beklagte selbst die Veranlassung und Erlaubniß dazu gegeben hat (S. oben §. 3.).

In der Zeitschrift: Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 9 S. 208, Bd. 10 S. 310 wird zwar behauptet, die Fälle sub a) seien kein qual. Geständniß, sondern nur eine gemischte L. C., die Behauptung des Depositi sei nichts als eine Colorirung der Negation, d. h. Angabe des Grundes, weßhalb Beklagter das Darlehen widersprochen habe. Allein — wie mir scheint — mit Unrecht! — Wenn der Beklagte auf die Vindikation des A entgegnet, er selbst, oder der C sei Eigenthümer, so ist diese Behauptung nichts als eine colorirte Negation und ganz dasselbe, als wenn er das Eigenthum des A und also den ganzen Klagegrund widersprochen hätte. Wenn aber der Kläger einwendet, er schulde das Geld nicht ex mutuo, sondern ex deposito, so ist diese Aeußerung zwar auch eine colorirte Negation, denn er hätte einfach das mutuum widersprechen können, ohne vom depositum eine Erwähnung zu machen; allein sie ist zugleich auch ein Geständniß, und da dieses durch den Zusatz alterirt wird, ein qual. Geständniß, gerade so gut, wie das Beispiel von der Suspensivbedingung (lit. b), weil hier wie dort, ja hier noch mehr wie dort, die Identität des Geschäftes in Frage gestellt, und dem Gegner Anlaß und Erlaubniß zur mutatio libelli gegeben wird.

ständniß abgelegt wird, ihre Wahrheit vorausgesetzt, zur gegnerischen Geschichtserzählung gehören, nicht aber dann, wenn sie Einreden enthalten.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aber nicht blos aus dem *Begriff und der Natur der Einrede*, welche das Geständniß niemals alteriren kann, — sondern auch aus den *eigenthümlichen Wirkungen* der confessio qualificata *und den besondern Voraussetzungen seiner Wirksamkeit*, die eben nur dann eintreten, wenn das Geständniß mit einer Negation verbunden ist, nie aber auch dann, wenn der Zusatz eine Einrede ist. S. unten §. 2 und 3.

Halten wir nun an dem eben aufgestellten Begriff des qualifizirten Geständnisses fest, so müssen wir aus dem Kreise desselben alle jene Fälle ausscheiden, wo der Beklagte den in der Klage erzählten Vorgang zwar anders darstellt als der Kläger, der gemachte Zusatz aber eine Einrede ist und daher in die Beweislast des Beklagten fällt; *denn es wird hiedurch nicht das Geständniß an sich, sondern nur die Wirksamkeit des Klagerechts affizirt*, es wird nicht die eingestandene Thatsache durch den beigefügten Zusatz zweifelhaft gemacht, sondern das Recht des Klägers als unwirksam oder wiederaufgehoben dargestellt. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der A. aus einem Kauf, oder aus einer Cession klagt, und B. erwiedert, das fragliche Rechtsgeschäft sei blos ein Scheingeschäft gewesen; die Modifikation, mit welcher B. den Klagegrund einräumt, ist hier die ex. simulationis. Oder setzen wir folgenden Fall: A. klagt auf Rückzahlung eines dem B. gegebenen Darlehens; B. gibt die Klage zu, wendet aber ein, es sei bei Contrahirung des Darlehens ausgemacht worden, Beklagter dürfe das Geld für sich behalten, wenn er in Noth komme und dieser Fall sei nunmehr eingetreten. *Oder*: die A. klagt auf Erfüllung eines Eheversprechens, und B. erwiedert, allerdings habe er der Klägerin die Ehe versprochen, aber erst nach Ablauf von 3 Jahren, und die 3 Jahre sind noch lange nicht herum. —

Allgemein werden diese Fälle für qualifizirte Geständnisse gehalten.

Vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 739.

Allein die Beweislast trifft ja hier den Beklagten, der gemachte Zusatz über die Simulation, Beifügung einer Resolutivbedingung, oder Verabredung eines dies certus ist eine wahre Einrede.

vgl. Bayer l. c. und OAGR. Dr. Pöschmann „Ueber die Natur des qual. Geständnisses" §. 18—20.

Denn angenommen, dieser Zusatz sei wahr, so ist ja z. B. im zweiten Fall das Darlehensverhältniß doch entstanden und bis zum Eintritt der Bedingung klagbar gewesen, erst mit diesem Eintritt, also erst hinterher verwandelte es sich in eine Schenkung und wurde also aufgehoben. Die Resolutivbedingung setzt ja allezeit ein verbindliches Geschäft voraus, sie alterirt daher nicht das Dasein, sondern blos die Fortdauer der Verbindlichkeit des Beklagten.

Er muß also beweisen, wenn es bestritten wird:

1) Daß die fragliche Bedingung gemacht wurde und
2) daß sie eingetreten sei.[4])

Zwar enthält das beklagtische Vorbringen in allen drei Fällen eine andere Geschichtserzählung des Herganges, als wie ihn der Kläger erzählte, das Geständniß und der gemachte Zusatz hängen unzertrennlich zusammen, das Geständniß enthält capita connexa (wie die älteren Rechtslehrer sich ausdrückten), und zwar geradeso, wie in jenem Fall, wo der Beklagte einwendete, das Geschäft sei unter einer Suspensivbedingung eingegangen worden, und die sei noch nicht eingetreten, in welchem Falle die Beweislast den Kläger trifft (Bayer l. c.). So scheint es. Allein in unseren Fällen enthält das beklagtische Vorbringen

[4]) Vgl. hierüber Pöschmann § 20. Man könnte zu der Annahme geneigt sein, die Klage für unsubstanzirt zu halten, wenn sie von der wirklich verabredeten Resolutivbedingung keine Erwähnung macht, und dann muß man folgerichtig dem Kläger den Beweis des Nichteintritts auflegen, wenn er seine Klage auf die verabredete, aber noch nicht erfüllte Resolutivbedingung stützt. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung ergibt sich aber einfach daraus, daß man mit dem nämlichen Rechte eine Darlehensklage für unsubstanzirt halten müßte, in welcher nicht behauptet wurde, daß das Geld noch nicht zurückbezahlt worden, und mit demselben Recht dem Kläger den Beweis der Nichtzahlung auflegen müßte, wenn er diese in der Klage angeführt hatte! —

zwar eine andere Geschichtserzählung des Herganges, wie ihn der Kläger erzählte, aber keine andere Geschichtserzählung des Vorganges, wie der Kläger ihn hätte erzählen sollen, angenommen selbst, das beklagtische Vorbringen verhalte sich in Richtigkeit, weil eben dessen Widerspiel gar nicht zur Entstehung des klägerischen Rechts gehört. Niemals hat ja der Kläger von peremtorischen Einreden eine Erwähnung in der Klage zu machen. Denn würde er sie hier als unbegründet hinstellen, so wäre es ein antizipirter Widerspruch der in die Replik gehört. Müßte er sie aber zugeben, und wollte er das schon in der Klage thun, so würde er selbst dem Gegner die Waffen in die Hände geben, und müßte daher die betreffende Replik dagegen anticipiren, wenn ihm eine solche zu Gebot steht, weil er außerdem die Klagsabweisung zu erwarten hätte. Das qualifizirte Geständniß gibt dem Kläger Anlaß zu einer mutatio libelli wie wir hören werden, der anticipirte Widerspruch von Einreden, oder die Antizipation von Repliken wäre aber keine mutatio, sondern im Gegentheil eine confirmatio libelli, das einfache Zugeständniß von Einreden wäre aber gar eine abolitio libelli. Was nun das 2te Beispiel betrifft, so besteht hier die Einrede aus 2 verschiedenen Thatsachen, nämlich a) Beifügung der Bedingung, und b) Eintritt derselben. Es ist aber gewiß nicht passend, in keinem Fall nothwendig, daß der Kläger vor der Verabredung der Resolutivbedingung eine Erwähnung macht, weil er dann den Nichteintritt derselben behaupten, somit den Eintritt anticipando widersprechen müßte und weil er hiedurch den richtigen Gesichtspunkt bezüglich der Beweislast leicht trüben und zu seinem Schaden verrücken könnte. Nun hat es der Beklagte freilich in seiner Hand, dem Kläger den Beweis der Beifügung der Bedingung aufzubürden, er braucht eben bloß den Abschluß des Geschäftes in der behaupteten Weise zu widersprechen, was er mit gutem Gewissen thun kann, denn dann muß Kläger den Vertragsabschluß darthun, und wird also auch die Beifügung der Resolutivbedingung mit beweisen, soferne diese anders gleichzeitig verabredet und nicht etwa später beigefügt worden war. Allein unser Beklagter hat das eben nicht gethan, sondern das Dar-

lehen zugegeben und nur die Nebenverabredung der conditio resolut. aufgedeckt und deren Eintritt behauptet. Aber wenn er es gethan, d. h. den Klagegrund einfach widersprochen hätte, was würde er damit gewonnen haben? — Er würde sich dann des Rechts begeben haben, auf die Beifügung und den Eintritt der Bedingung sich zu berufen,[5]) was ihm nur zum Nachtheil gereichen könnte, weil er dann sachfällig würde, wenn Kläger den Vertragsabschluß dargethan, und zwar auch dann sachfällig würde, wenn dieser sein Beweis die Verabredung einer Resolutivbedingung umfassen sollte.

Als Resultat der bisherigen Erörterung stellt sich demnach heraus, daß der Begriff des qualifizirten Geständnisses auf jene Fälle zu beschränken ist, wo die Abweichungen und Zusätze, mit denen das Geständniß verbunden ist, ihre Wahrheit vorausgesetzt, zur klägerischen Geschichtserzählung gehören, wo der Beklagte in Wahrheit eine andere Geschichtserzählung aufgestellt, d. h. eine Erzählung des Hergangs, wie ihn der Kläger nicht darstellt, wie er ihn aber hätte darstellen sollen.[6])

Anderer Meinung ist gleichwohl die communis opinio und mit ihr v. Bayer in der 7ten Aufl. S. 414 und in der 8ten Aufl. S. 743; denn in der letzteren spricht er bloß vom erweiterten (vulgären) Begriff des qualifizirten Geständnisses; in der 7ten Auflage aber, wo er das letztere auf den Fall beschränkt haben will, da der Beklagte eine andere theilweise abweichende Geschichtserzählung entgegenstellt, wirft

---

[5]) Wollte nämlich der Beklagte primär den Klagegrund, d. h. den Empfang des Darlehens, widersprechen und eventuell einwenden, es sei ihm unter der obigen Resolutivbedingung gegeben worden, so würde Einlassung und Einrede in unauflöslichem Widerspruch stehen und müßte daher die Abläugnung der Klage als unwirksam, diese somit als zugestanden angenommen werden.

[6]) Diesen Begriff von conf. qualificata setzt denn auch unsere G.O. in c. 12 §. 1 und 10 stillschweigend voraus, wie sich aus der demselben beigelegten Wirkung, dann aus den Anmerkungen v. Kreittmaier's ergibt. S. meine vergleich. Darstellung des gem. u. bayer. Civilprozesses S. 70—73.

Auch der Code Napoleon Art. 1356 legt implicite diesen Begriff zu Grunde, weil auch er dem qual. Geständniß den Effekt der Untheilbarkeit zuschreibt.

er unmittelbar darauf die Frage auf, wer im Falle eines solchen Geständnisses die Beweislast übernehmen müsse, ob der Kläger ungeachtet des Geständnisses, oder der Confitent in Ansehung des gemachten Zusatzes.[7]) Hiemit setzt aber v. Bayer in Widerspruch mit seinen eigenen Prämissen und seiner Definition vom qualifizirten Geständniß (Vortr. Seite 734) als selbstverständlich voraus, daß das qualifizirte Geständniß auch solche Fälle umfasse, wo die Beweislast den Confitenten trifft, der gemachte Zusatz also eine Einrede ist.

§. 2.

Wir kommen nun zur eigentlichen praktischen Seite unserer Materie, nämlich zur Beantwortung der Frage, wodurch denn das qual. Geständniß ausgezeichnet ist, welche Eigenthümlichkeiten es hat, da in der Doktrin so großes Aufhebens damit gemacht wurde.

Die Eigenthümlichkeiten des qual. Geständnisses beziehen sich theils auf seine Wirkungen, namentlich auf die Beweislast, theils auf die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit.

(v. Bayers Lehrbuch, obgleich es dem qual. Geständniß eine längere Erörterung widmet, sagt doch hierüber nichts, und ebensowenig Pöschmann's Schrift (s. Note 7.) Im Gegentheil bemerkt v. Bayer S. 36, es seien auf das qual. Geständniß die gewöhnlichen Vorschriften über die Beweislast anzuwenden.)

Sprechen wir zuerst von den Wirkungen des qual. Geständnisses. Es sind deren, meines Erachtens, zwei besondere hervorzuheben:

1) Die Erlaubniß zur mutatio libelli. Und:
2) Die Untheilbarkeit.

---

[7]) Bloß mit dieser Frage und den Consequenzen ihrer Beantwortung befaßt sich auch die neueste Schrift von Dr. Pöschmann, k. s. O.-A.-G.-Rath. „Ueber die Natur des s. g. qualifiz. Geständnisses im Civilprozeß und dessen Einfluß auf die Beweislast (Separatabdruck aus den Annalen des Dresdner O.-A.-G.) Leipzig 1863."

ad 1.

Das Charakteristische des qual. Geständnisses liegt nicht so fast darin, daß hiedurch die Identität des Rechtsverhältnisses in Frage gestellt wird,[8]) sondern vielmehr darin, daß dadurch der Prozeßgegner — also z. B. der Kläger — Anlaß und Erlaubniß zur mutatio libelli erhält. Denn nimmt der Kläger das qual. Geständniß en bloc, d. h. mit dem Zusatz an, so ändert er hiedurch seine Geschichtserzählung in wesentlichen Stücken ab, er nimmt eine mutatio libelli vor. Daß eine solche Aenderung ausnahmsweise noch nach der L. C. zugelassen wird, ist eine scheinbare Anomalie, die ihren Grund eben in der Erlaubniß des Beklagten hat, ihre Rechtfertigung darin findet, daß der Beklagte selbst die Klageänderung vornimmt, und auf deren Grund hin sofort excipirt, weßhalb eine nachträgliche Vertheidigung in der Duplik auf die klägerische mutatio libelli in der Replik und folglich eine Unordnung des Verfahrens auch nicht entfernt zu befürchten ist.

Diese charakteristische Wirkung des Geständnisses — die Möglichkeit einer mutatio libelli nach der L. C. — tritt aber nur dann ein, wenn der Zusatz eine Negation des Klagvorbringens enthält (wenn also die Antwort des Beklagten nach §. 1 (oben) ein wahres qual. Geständniß ist,) — nicht aber auch dann, wenn jener Zusatz eine Einrede enthält. Die Identität des Geschäfts kann zwar im letzteren Fall eben so gut in Frage gestellt werden; (wenn z. B. der Beklagte sagt, er habe das Geld erhalten, aber wieder heimbezahlt, und Kläger replicando erwiedert, er habe das eingeklagte unverzinsliche Darlehen nicht zurückbekommen, sondern ein anderes, 5 procentiges, welches er einige Tage früher dem Kläger gelehnt, —

[8]) Vgl. hierüber den folgenden Absatz. Wenn z. B. der Beklagte auf die Darlehensklage einwendet, er schulde das Geld ex deposito, so wird durch dieses Geständniß die Identität des Geschäftes in Frage gestellt. Nur verliert freilich das Geständniß für den vorliegenden Prozeß allen Werth, wenn der Gegner die Identität wirklich bestreitet, wenn er also replicando bemerkt, er habe allerdings auch eine Forderung ex deposito, jetzt klage er aber das mutuum ein. S. oben ad 2 nr. 2. c.

so ist die Identität der Forderung durch die Replikſbemerkung bestritten und also durch die Exception in Frage gestellt.) Allein von einer mutatio libelli kann keine Rede sein, wenn Kläger dieses mit einer Einrede verbundene Geständniß replicando en bloc annimmt und dagegen replizirt; denn das Zugeständniß einer drohenden Einrede sammt Replik gehört eben so wenig in das Klaglibell, als der Widerspruch einer drohenden Einrede; das Eine, wie das Andere wäre eine völlig unnöthige Antizipation. —

ad 2.

Nach der Ansicht sämmtlicher Rechtslehrer kömmt dem qual. Geständniß die Wirkung der Untheilbarkeit zu d. h. der Gegner darf das Geständniß nicht zerlegen, und einen Theil — den Zusatz, das ihm ungünstige Assert — als unwahr zurückweisen und dem Beklagten zum Beweis aufbürden.[9]) Die Wirkung der Untheilbarkeit besteht also darin, daß der Gegner entweder das Geständniß mit dem Zusatz annehmen, d. h. den Zusatz sich gefallen lassen muß, oder seine Behauptung, ungeachtet des Geständnisses zu erweisen hat. Die Wirkung der Untheilbarkeit wird jedoch schon von den älteren Rechtslehrern an die Voraussetzung geknüpft, daß das Geständniß capita connexa enthält. Betrifft der Inhalt desselben capita separata, so kann der Asserent das Geständniß allein benützen, den Zusatz aber widersprechen und dadurch die Beweislast auf den Gegner wälzen.

Lauterbach de conf. §. 54.
de Graffen de conf. qual.

Die Frage nach der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des qual. Geständnisses fällt daher mit der Frage nach der Beweislast zusammen. Untheilbar ist dasselbe, wenn der Kläger, ungeachtet des Geständnisses, beweisen muß, soferne er den Zusatz nicht in den Kauf nimmt; theilbar, wenn der Beklagte den Zusatz beweisen muß.

---

[9]) Auch der Code Napoleon Art. 1356 spricht diesen Satz aus. Deßgleichen unsere G.-O. in C. 12, §. 1 nr. 10. Nur der neueste Schriftsteller Renaud lehrt S. 250, es gibt kein qual. Geständniß, und also auch keine Untheilbarkeit desselben. S. auch Note 12.

Die älteren Rechtslehrer konnten es nun zu keiner klaren und sichern Bestimmung darüber bringen, in welchem Fall die capita eines qual. Geständnisses als connex zu betrachten seien

v. Bayer S. 735. Abs. 3.

Sie lehrten, capita connexa seien jene Thatsachen, welche sich gleichzeitig, oder doch sogleich nacheinander, zugetragen haben.

Lauterbach l. c. §. 4.
Voet ad Dig. tit. de conf. §. 5.[10])

Allein der Fall der Resolutivbedingung gehört, wenn Kläger die Beifügung derselben bestreitet, offenbar zu jenen Fällen, wo Geständniß und Zusatz so eng und unzertrennlich aneinander hängen, daß sie nur eine Thatsache ausmachen; beide Thatsachen, die zugestandene und die zugesetzte, haben sich ja, die Wahrheit der zweiten vorausgesetzt, gleichzeitig zugetragen. Und doch sagen auch die ältern Juristen, im fraglichen Fall sei das Geständniß theilbar, d. h. der Beklagte müsse die Beifügung und natürlich auch den Eintritt der Bedingung beweisen. Wir haben hier eine rechtsaufhebende Einrede. (Sieh' oben §. 1.) Dasselbe gilt noch mehr von den rechtshindernden Einreden, z. B. der exc. simulationis, minoritatis, malaefidei etc. Der Geschäftsabschluß und die Willensfähigkeit, Dispositionsbefugniß, Willensfreiheit der Contrahenten, — der Erwerb des Besitzes und die bona fides des Besitzers sind gewiß zusammengehörige Thatsachen; wenn daher der Beklagte das Rechtsgeschäft zugibt, aber Simulation, Betrug, Irrthum oder Minorität ꝛc. einwendet, so enthält sein Geständniß gewiß capita connexa, und dennoch muß er den Zusatz, nämlich seine Einwendung beweisen.

---

[10]) Ebenso sagt Zachariä in seinem

französ. Civilrecht Theil VI. S. 472,

die Rechtsregel „confessio qualificata dividi nequit“ sei bloß auf den Fall zu beziehen, da die Thatsachen, welche das Geständniß umfaßt, an sich und ihrer faktischer Beschaffenheit nach in engster Verbindung stehen, nicht aber auf den Fall, da diese Thatsachen bloß durch das Geständniß des Gegners aus irgend einem Grunde miteinander verbunden werden.

Die Begriffsbestimmung von caput connexum muß daher auf einem andern Weg versucht werden. Capita connexa enthält das Geständniß, wenn es eine maskirte Negation ist, d. h. wenn der Zusatz, mit dem es abgelegt wird, seine Wahrheit vorausgesetzt, zur gegnerischen Geschichtserzählung gehört, der Klagsanspruch also dann gar nicht entstehen konnte, — wenn es somit nach der von mir in §. 1 vertretenen Ansicht, wirklich ein qual. Geständniß ist. Capita separata enthält es dagegen, wenn der Zusatz nicht zur gegnerischen Geschichtserzählung gehört, sondern eine Einrede ist, das Geständniß somit nach §. 1 als kein qual. Geständniß erscheint.

Es ist freilich mit dieser Lösung nicht viel gewonnen, weil wir ja auch keinen festen Begriff von Einrede haben, und weil es in sehr vielen Fällen bestritten ist, ob eine Einwendung eine Negation oder Einrede ist, wie gerade beim Hauptfall des qual. Geständnisses, bei der Einwendung der Suspensivbedingung. Allein einmal ist die Frage nach der Beweislast der Lösung näher gebracht, wenigstens in's rechte Fahrwasser geführt, — und dann hat uns die vorstehende Erörterung über die Wirkung der Untheilbarkeit, sowie die vorhergehende über die Erlaubniß zur mutatio libelli als Effekt der conf. qualificata gezeigt, daß die Reduction des vulgären Begriff's vom qual. Geständniß, welche in §. 1 versucht wurde, auch nach der praktischen Seite hin richtig ist, weil die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Klageänderung, sowie die eigenthümliche Wirkung der Untheilbarkeit davon abhängt, daß die conf. qualificata eine maskirte Negation ist. Hat nämlich das qual. Geständniß nur in diesem Fall die fraglichen besonderen Wirkungen, nicht aber auch in jenem, da es eine Einrede enthält, — wozu spricht man denn im letztern Fall von einem qual. Geständniß?! [11])

2) Versteht man nun aber unter qual. Geständniß bloß

---

[11]) Hiemit soll aber durchaus nicht gesagt sein, daß sich das qual. Geständniß im fraglichen Punkte vom einfachen unterscheidet, und namentlich vom Fall der gemischten Einlassung, die ja nach der communis opinio auch ein qual. Geständniß genannt wird (s. oben §. 1); denn gerade in diesem letzten Falle zeigt sich die Wirkung der Untheilbarkeit ganz so, wie beim eigentlichen qual. Geständniß.

die Fälle der maskirten Negation (wie ich im Eingang und so eben gezeigt zu haben glaube), so frägt es sich nun weiter, ob das qual. Geständniß nicht bloß bezüglich der Beweislast, sondern auch hinsichtlich des Beweissatzes untheilbar sei. Legt man den oben entwickelten engern Begriff zu Grunde, so fällt die schon von den Glossatoren angeregte Frage, wer zu beweisen habe, d. h. die Frage nach der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit bezüglich der Beweislast, als gegenstandslos hinweg. Dagegen entsteht hier die andere Frage, was der Kläger zu beweisen habe, ob seinen ganzen Klagegrund und also auch den zugestandenen Theil desselben, oder bloß das Contrarium des Zusatzes. Und diese Frage, die Frage nach der Untheilbarkeit bezüglich des Beweissatzes, — muß unbedenklich verneint, d. h. dahin entschieden werden, der Kläger brauche das wirklich Zugestandene nicht zu beweisen.

Schmid, Handbuch II. S. 222.
v. Bayer, 8te Aufl. S. 735. a. E.

Das qual. Geständniß ist also untheilbar bezüglich der Beweislast, und theilbar bezüglich des Beweissatzes. Alles hängt jedoch, und zwar in beiden Beziehungen, vom Verhalten des Klägers in der Replik ab, und hier sind 3 Fälle wohl zu trennen:

a) Beharrt der Kläger replicando auf seinen Klagsassersten, sagt er also, er habe die 100 fl. nicht ex deposito, wie der Beklagte behauptete, sondern ex mutuo zu fodern, so muß er, der Kläger, ungeachtet des Geständnisses beweisen (wegen der Untheilbarkeit des letzteren.) Er braucht aber bloß darzuthun, daß das Geld ein Darlehen gewesen, nicht aber, daß er dem Beklagten 100 fl. hingegeben habe (wegen der Theilbarkeit des Geständnisses).[12])

[12]) And'rer Meinung ist Renaud im Lehrbuche S. 211, denn er sagt: „Es liegt eine Verneinung des gesammten thatsächlichen Klagegrundes darin, daß der Beklagte, indem er einzelne faktische Behauptungen des Klägers zugibt, diese auf ein Geschäft anderer Art als das vom Kläger gemeinte bezieht. Solche Fälle indirekten Leugnens werden ohne Grund (?) unter den Gesichtspunkt eines s. g. qualifizirten Geständnisses gebracht."

b) Geht aber Kläger auf das beklagtische Vorbringen ein, nimmt er das qual. Geständniß en bloc an, mutirt er also sein Libell und verlangt er die als mutuum eingeklagte Summe nunmehr als depositum, so wirkt das Geständniß vollständig, und Kläger ist von der Beweislast befreit.

c) Beharrt endlich der Kläger auf seinen Klagsasserten, indem er entgegnet, er habe allerdings auch eine Forderung ex deposito vom nämlichen Betrage, jetzt klage er aber das Darlehen ein, — so liegt kein qual. Geständniß vor, ja es ist hier überhaupt kein Geständniß vorhanden, denn beide Theile haben völlig verschiedene negotia im Sinne. Es fehlt eben dann die Antwort auf die Klage und der Beklagte muß wiederholt hiezu aufgefordert werden. Antwortet er wieder nicht, so muß Kläger seinen ganzen Klagegrund erweisen. Das Geständniß des Beklagten bezieht sich auf ein ganz anderes Geschäft und ist daher, wenigstens für diesen Prozeß, ohne allen Werth.

Abgesehen von diesem letzten Fall ist aber das Geständniß allzeit wirksam, und zwar auch dann wirksam, wenn der Kläger den damit verbundenen Zusatz zurückweist. Er muß zwar ungeachtet des Geständnisses beweisen und in diesem Sinn ist es untheilbar; allein er braucht bloß das Contrarium des Zusatzes und nicht das wirklich Zugestandene zu beweisen und in dieser Richtung ist das Geständniß doch wieder theilbar. Freilich wird diese Theilbarkeit des Geständnisses dem Beweispflichtigen nur in sehr seltenen Fällen einen Nutzen gewähren. Meistens wird das Eine mit dem Anderen bewiesen, das Eine ohne das Andere sich gar nicht erweisen lassen (s. Bayer S. 738 a. A.) Aber es ist doch möglich, daß Kläger z. B. durch Zeugen darthut, daß die fragliche Summe als Darlehen

Und Seite 251 bemerkt er: „Meines Erachtens verliert aber das qual. Geständniß bloß dann allen Werth, wenn der Confessus gegen die Behauptung desselben protestirt hatte. Die sogenannte Qualifikation des Geständnisses ist hier der Art, daß sie dieses zu einem bloß scheinbaren macht.“ S. oben §. 3 nr. 2.

gegeben wurde, die Zeugen sich aber durchaus nicht erinnern können, wie groß diese Summe gewesen war. —

Diese Theilbarkeit des Geständnisses ist nun aber nicht etwa erst von den neuern Rechtslehrern behauptet worden, sondern war schon den ältern und ältesten Schriftstellern von den Glossatoren angefangen bis auf Böhmer und Lauterbach herab bekannt, wenn nicht dem Namen, so doch der Sache nach, wie Gesterding in seinen

Nachforsch. II. S. 131 flg.

dargethan hat. Denn jene Rechtslehrer stellten den Grundsatz auf: »confessio limitata effectum producit limitatum,« und fanden ihn mit dem andern Zusatz: »confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda« vollkommen vereinbar.

Vgl. Tevenar Theorie der Beweise S. 82.

Nur ein einziger Schriftsteller, Danz, will die Untheilbarkeit des Geständnisses nicht bloß auf die Beweislast, sondern auch auf den Beweissatz bezogen haben. Danz lehrt nämlich, der Kläger müsse, wenn das qual. Geständniß capita connexa enthält und er sich den Zusatz nicht gefallen lassen wolle, seinen ganzen Klagegrund inclusive des zugestandenen Theils beweisen. Allein ohne Zweifel hat die communis opinio den Vorzug. Denn warum sollte das mit Zusätzen oder Limitationen abgelegte Geständniß völlig werthlos sein für den Gegner, (wenn aus den Parteivorträgen nicht etwa hervorgeht, daß beide Theile verschiedene Geschäfte [Fall c. oben] im Sinne haben), und warum sollte der Gegner verpflichtet werden, auch solche Facta zu erweisen, die bereits eingeräumt sind? — Eine gesetzliche Vorschrift existirt nicht, welche dieses ausspricht, und bloß dann, wenn eine solche vorhanden wäre, ließe sich die anomale Lehre von der Untheilbarkeit im Danz'schen Sinn rechtfertigen. Nun hat aber Gesterding a. a. O. nachgewiesen, welche Consequenzen diese Lehre im Gefolge hat. Es würde nämlich dem Kläger, wenn er den zugestandenen Theil mitbeweisen sollte, gar nicht fehlschlagen können, diesen Beweis zu liefern. Er bräuchte nur dem Confessus den Eid über die Unwahrheit des bereits zugestandenen Factums zu deferiren. Könnte nun dieser den Eid

wohl schwören? Und wenn er ihn schwören wollte, in welche Verlegenheit geriethe dann nicht der Richter?! —

Das qual. Geständniß ist also bloß in dem Sinne untheilbar, daß der Kläger, wenn er den Zusatz wiederspricht, ungeachtet des Geständnisses beweisen muß, nicht aber in dem Sinn, daß er in diesem Fall auch den zugestandenen Thatumstand darthun muß.

§. 3.

Aus den beiden Wirkungen des qual. Geständnisses, der Untheilbarkeit und der Zulässigkeit der mutatio libelli, ergeben sich nun als consequente Folge zwei weitere Eigenthümlichkeiten desselben, welche die besonderen Voraussetzungen seiner vollen Wirksamkeit betreffen. Nämlich:

1) weil das qual. Geständniß untheilbar ist, so muß es der Gegner ausdrücklich acceptiren, wenn er vom Beweis befreit sein will, und
2) weil das qual. Geständniß Anlaß zur mutatio libelli gibt, so darf der Confitent wider die gegnerische Benützung des Geständnisses keine Einsprache erhoben haben.

ad 1) Das qualifizirte Erkenntniß kann nur dann die volle rechtliche Wirkung äußern, d. h. den Prozeßgegner von der Beweislast gänzlich befreien, wenn es von diesem sammt dem Zusatz im darauf folgenden Schriftsatz acceptirt wird. Hiedurch unterscheidet sich das qual. Geständniß wesentlich vom einfachen, bei welchem die Acceptation nicht nothwendig ist, sondern vermuthet wird, und zwar solange bis die förmliche Zurückweisung desselben nachgewiesen ist.

Der Grund der Abweichung liegt einfach darin, weil die für die Annahme des gewöhnlichen Geständnisses sprechende Vermuthung beim qual. Geständniß durch die damit verbundene Modifikation ausgeschlossen wird, er liegt in der Untheilbarkeit des qual. Geständnisses; der Gegner darf das Geständniß nur mit Annahme der beigefügten Limitation benutzen, wenn er von der Beweislast frei werden will, der Richter kann aber unmöglich wissen, ob er sich diese Limitation gefallen lasse, ob er daher vom Geständniß profitiren will, oder nicht.

vgl. Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 3. S. 228. (S. jedoch die VII. Abhandlung nr. II. a. A.)

In dem mehrerwähnten Beispiel muß also der Kläger, wenn der Beklagte auf die mutui actio antwortet, er sei die eingeklagte Summe von 1000 fl. ex deposito schuldig, dieses Geständniß in der Replik sammt den Zusatz annehmen und also ausdrücklich acceptiren, wenn er vom Beweis befreit sein will. Versäumt sich daher der Kläger mit der Replik, oder beharrt er in derselben auf seinen Klagsasserten, so muß dem Kläger, ungeachtet des gegnerischen Geständnisses, doch der Beweis aufgelegt werden, daß er die 1000 fl. ex mutuo zu fordern habe. Da nun aber das qual. Geständniß nach dem in §. 2 ad 2 Ausgeführten insoferne doch theilbar ist, als der Gegner die zugestandene Thatsache nicht zu beweisen braucht, und also das Geständniß vom Zusatz trennen und ohne denselben annehmen kann, — so erscheint die Acceptation auch beim qual. Geständniß nicht als conditio sine qua non für die Benützung desselben, sondern bloß für die Befreiung vom Beweis.

Zu weit geht daher Seuffert, wenn er a. a. O. lehrt, das Geständniß äußere, wenn sich der Kläger mit der Replik versäumt, oder replicando auf den Klagsasserten beharrt, wenigstens in diesem Prozeß, keine dem Geständigen nachtheiligen Wirkungen, es habe vielmehr nur die Abläugnung, mit welchen dasselbe verbunden war, auf das Urtheil entscheidenden Einfluß. Wäre das richtig, dann müßte der Kläger nicht bloß einen auf Ausschließung des Zusatzes gerichteten Beweis führen, sondern auch die zugestandene Thatsache, d. h. eben seinen ganzen Klagegrund beweisen, und es wäre dann das qual. Geständniß im Danz'schen Sinne untheilbar

Die Unhaltbarkeit dieser Theorie wurde aber bereits in §. 2 ad 2 besprochen. Auch ohne Acceptation, also auch im Fall des Ungehorsams mit der Replik, oder des Beharrens auf den Klags-Asserten ist das qual. Geständniß insoferne wirksam, als Kläger den eingeräumten Thatbestand nicht zu beweisen braucht, — weil er ihn auch dann nicht beweisen muß, wenn er replicando das Geständniß annimmt, aber den Zusatz zurückweist. —

ad 2. Die Wirksamkeit des qual. Geständnisses setzt aber noch weiter voraus, es sei die Absicht des Confitenten selbst, die fraglich zugestandene Thatsache dem Urtheil über die Hauptsache unterzustellen, indem außerdem der aus dem Geständniß sich ergebende Forderungsgrund unter die Grundsätze von der mutatio libelli fallen würde.

Es kommt also hier der animus confitendi in Frage, welcher durch einen sofortigen Protest des Confessus ausgeschlossen wird.

S. Seuffert a. a. O.

Nur beim qual. Geständniß ist ein solcher Protest möglich, es ist dieß der einzige Fall, wo der animus confitendi, für welchen sonst beim gerichtlichen Geständniß eine praesumtio juris et de jure streitet, durch einen Protest ausgeschlossen, und also das Geständniß für den Gegner werthlos gemacht wird.

(S. die VII. Abhandlung nr. I.)

Wenn daher der Beklagte gegen die Benützung seines Geständnisses Einsprache erhebt, wenn er z. B. sagt: „Allerdings bin ich Dir 1000 fl. schuldig, nur nicht ex mutuo, sondern ex deposito, darauf kann es aber im gegenwärtigen Prozeß nicht ankommen, Du, Kläger, hast ein mutuum eingeklagt, und mußt beweisen, daß ich Dir ein mutuum schuldig bin," — so kann der Kläger den mit dem Geständniß gemachten Zusatz, daß er das Geld ex deposito, zu fordern habe, nicht annehmen und hiedurch vom Beweis frei werden, denn es würde hierin eine unstatthafte mutatio libelli liegen, welche, da sie nach der Litiscontestation geschah und der Beklagte, obwohl er hiezu den Anlaß gab, sofort dagegen protestirt hatte, — die Klagsabweisung zur Folge haben würde. Kläger muß also hier, ungeachtet des gegnerischen Geständnisses, den Beweis übernehmen.

§. 4.

Aus dem in §. 2 Erörterten ergibt sich die Beantwortung der letzten Frage von selbst, wie beim qual. Geständniß das Beweisthema normirt werden müsse.

Ist das qual. Geständniß in gewissem Sinne theilbar, wie oben nachgewiesen wurde und erscheint demnach der Be-

weis des ganzen Klagegrundes nicht erforderlich, so darf auch nicht der ganze Klagegrund zum Beweis ausgesetzt werden, sondern bloß jene Thatsache, die unter den Parteien streitig geblieben ist. Es soll daher im mehrerwähnten Beispiel nicht interloquirt werden:

„Habe Kläger zu beweisen, daß er dem Beklagten 1000 fl. als Darlehen hingegeben."

Sondern vielmehr:

„Habe Kläger zu beweisen, daß die hingegebene Summe (von 1000 fl.) ein Darlehen gewesen."

A. M. Brackenhöft in Lindes Zeitschrift Bd. 19 S. 310 fgd.

Sehr bestritten ist jedoch die Frage, wie der Beweissatz in dem Fall abzufassen sei, wenn der Beklagte zwar zugibt, das fragliche Geschäft abgeschlossen zu haben, aber einwendet der Abschluß desselben sei von einer noch nicht eingetretenen Suspensivbedingung abhängig gemacht worden, und der Kläger dieses widerspricht.

Hier cursiren verschiedene Ansichten nicht bloß über die Frage, wen die Beweislast über Beifügung oder Nichtbeifügung, dann über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung treffen soll, — sondern namentlich auch darüber, wie der Beweissatz abzufassen sei, wenn man annimmt, den Kläger treffe die Beweislast, wenn man also den obigen Fall für ein wahres qual. Geständniß hält.

Die Besprechung der ersten Streitfrage, wen die Beweislast trifft, gehört ihrer vorwiegend civilrechtlichen Natur wegen nicht hieher. Nur soviel soll hier erwähnt werden, daß die ältere Ansicht, die sogen. Theorie des geläugneten Klagegrundes, wonach der Kläger die puritas negotii,[13]) und eventuell, wenn er sich im Vorverfahren darauf berufen

---

[13]) Für die Theorie des geläugneten Klagegrundes, also gegen die Exceptionstheorie ist in jüngster Zeit Dr. Pöschmann in neuer und scharfsinniger Weise aufgetreten in seiner oben angeführten Schrift:
„Ueber die Natur des qual. Geständnisses im Civilprozeß, und dessen Einfluß auf die Beweislast."

hat, den Eintritt der Bedingung zu erweisen habe, gewiß den Vorzug verdient. (S. unten S. 170 nr. 1.)

Gehen wir von der ältern und richtigeren Ansicht aus, daß hier die Beweislast den Kläger trifft[14]),

vgl. v. Bayer S. 739 a. E.

Seuffert, Commentar Bd. 3. S. 52.

Schönemann in Linde's Zeitschrift Bd. 19. S. 264.

Dr. Pöschmann a. a. O. (Note 6c.),

so erscheint es gewiß am Natürlichsten, mit der ältern Schule und herrschenden Ansicht den unbedingten Abschluß des Geschäfts zum Beweis auszusetzen, weil sich ja der Streit einzig und allein um diesen Punkt dreht. In dieser Weise interloquirten bereits die Glossatoren, sämmtliche ältere Schriftsteller und die neuern (Weber und Gesterding) bis auf Brackenhöft und von der Pforten herab,

vgl. meine Abhandlung in Linde's Zeitschrift Bd. 15. S. 88, und 89 (besonders Note 1.)

in jüngster Zeit endlich Schönemann a. a. O.

Eine andere Formulirung des Beweisthema haben jedoch einige der neuesten Schriftsteller, nämlich Seuffert und von Bayer, Wetzell 2c. in Vorschlag gebracht, und ich habe diese

---

[14]) Die neuere Praxis unseres O. A. G. neigt sich leider zur gegentheiligen Ansicht hin, wonach der Beklagte die Beifügung der Bedingung zu beweisen hat.

Vgl. die Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern von Seuffert, Bd. 23, S. 16, B. 25, S. 282, Bd 29, S. 153. (O. A. G. Erk. der Jahre 1855, 57, 59 u. 60).

Uebereinstimmend erkannten die Oberappellationsgerichte von Wolfenbüttel, von Jena und Dresden.

Vgl. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten Band 1. nr. 370, Band. 2. nr. 330, Band 8. nr. 311.

Nach der richtigen Ansicht entschied dagegen das Kieler O. A. G., s. Seuffert's Archiv Bd. 12. nr. 203. Bd. 13. S. 189 u. S. 266—270. Das Rostocker O. A. G. und die Greifswalder Juristenfakultät, in den Jahren 1855 und 1856, endlich das Gießner Hofgericht Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 9. S. 154—167 (s. auch Windscheid Pandekt I. S. 193) und die Blätter f. R.-Pfl. in Thüringen und Anhalt Bd. 9—11.

Interlokutionsweise noch in meiner Abhandlung S. 90—94 wegen ihrer praktischen Folgen (s. unten nr. 4.) lebhaft in Schutz genommen, bin aber in jüngster Zeit davon abgekommen. Seuffert lehrt im Commentar Bd. 3. S. 38 der 1ten und S. 52 der 2ten Auflage:

„Wer eine Klage oder Einrede auf das Dasein eines Rechtsgeschäftes gründet, muß im Falle des von seinem Gegner erklärten Widerspruchs beweisen, daß dasselbe in der Art, wie er es behauptet, errichtet worden sei. Diesen Beweis muß er auch alsdann führen, wenn der Gegner seinen Widerspruch durch das Vorbringen kund gibt, das behauptete Geschäft sei zwar eingegangen worden, aber unter einer aufschiebenden Bedingung, oder über einen andern oder dem Umfang nach verschiedenen Gegenstand; in welchem Falle es sodann dem Gegner vorbehalten bleibt, das erwähnte Anführen auf dem Weg des Gegenbeweises zu erproben."

Ebenso lehrt v. Bayer in der 8ten Auflage S. 739 seines Buches:

„Die Frage, was der Kläger zu beweisen habe, ob überhaupt das Geschäft, wie er dasselbe behauptet, oder die Unbedingtheit, muß consequent dahin entschieden werden, daß der Kläger überhaupt nur das Geschäft, wie er es behauptet, zu erweisen habe. Denn wenn das Vorschützen einer Suspensivbedingung nur eine verhüllte Negation ist, so gehört der Beweis der Bedingung in das Gebiet des direkten Gegenbeweises. Einen direkten Gegenbeweis ist aber der Kläger nicht schuldig zu wiederlegen, ehe derselbe noch angetreten wurde."

In ähnlicher Weise erklärt sich Kierulf in seiner Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. I S. 298. S. unten Note 7. a. E., Wetzell S. 109, Langenbeck in seiner Beweisführung, Bd. II S. 338 (unter Berufung auf Albrecht und Schneider).

Uebereinstimmend hiemit ist auch die Praxis des Gießner Hofgerichts und der kurhessischen Gerichte überhaupt. In gleichem Sinn erkannte endlich das Rostoker O. A. G. im Jahre 1855, die Greifswalder Juristenfakultät im

Jahre 1856 und unser bayerisches Oberappellationsgericht. (1855—1860.)

Vgl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Band 9, S. 154—167 Bl. f. R. A. Bd. 19 S. 350.

Wenn ich nun die Autoren Kierulff, Seuffert und v. Bayer recht verstehe, so wollen die Worte: „Kläger habe überhaupt nur das Geschäft, wie er dasselbe behauptet, zu erweisen", nicht so fast sagen Kläger brauche bloß hierüber Beweis anzutreten (womit ich vollkommen einverstanden wäre), sondern vielmehr: dem Kläger sei hierüber Beweis aufzulegen. So lauten auch die Urtheile des Rostocker O. A. G. der Greifswalder Juristenfakultät und des Gießner Hofgerichts,

vgl. das Archiv a. a. O.

Gegen diese Formulirung des Interlokuts, der ich in meiner Abhandlung vom J. 1858 noch vollkommen beipflichtete, sind mir aber in jüngster Zeit folgende Bedenken aufgestoßen:

1) Das Eigenthümliche unseres Falles besteht darin, daß jene Seite des Klagegrundes, welche der Beklagte widerspricht, erst in der Replik explicite, in der Klage aber nur implicite vorgebracht wurde [15]). Kläger hat im Libell nicht ge-

[15]) Dagegen ist in den meisten andern Fällen des qualifizirten Geständnisses jener Theil des Klaggrundes, welchen der Beklagte dadurch widerspricht, daß er eine positive Gegenbehauptung aufstellt, im Klaglibell selbst vollständig und explicite enthalten. Deßhalb kann hier keine Rede davon sein, dem Kläger das Contrarium der beklagtischen Gegenbehauptung zum Beweis aufzugeben, vielmehr muß ihm der Beweis seines eigenen Assertes aufgelegt werden. Wenn daher A ein Darlehen von 100 fl. einklagt und B erwiedert, er sei dem A jene 100 fl. ex deposito schuldig, so hat B implicite widersprochen, von A ein Darlehen erhalten zu haben, und es darf daher nicht interloquirt werden, daß die fragliche Schuld kein Depositum sei, sondern es muß die widersprochene Klagsbehauptung zum Beweis aufgegeben werden, daß die hingegebene Summe ein Darlehen gewesen. Wenn ferner B entgegnet, er sei jenes Darlehen dem X schuldig, so muß wieder auf die Klagsbehauptung interloquirt werden, daß die fragliche Forderung dem Kläger zustehe. Wenn endlich A den Kaufschilling für ein verkauftes Haus einklagt, und B erwiedert, allerdings habe er den Hauskauf geschlossen und das Haus tradirt erhalten, aber er habe auch den Garten mitgekauft und den habe er nicht bekommen, — so muß wiederum die Klagsbehauptung zum Beweis aus

sagt, das Geschäft sei **unbedingt**, **simpliciter**, **pure** abgeschlossen worden; hätte er das gesagt, so könnte es natürlich gar keinem Zweifel unterliegen, ihm dem Beweis dieser vom Gegner widersprochenen Behauptung aufzulegen. Kläger hat bloß gesagt: „Ich habe dem B. mein Haus à 10,000 fl. verkauft und tradirt, und verlange daher den Kaufschilling." Diese Aeußerung ist aber nur **formell** und **sprachlich**, durchaus aber nicht **materiell** und **sachlich** von der vorigen verschieden; denn **implicite** hat ja Kläger hier gleichfalls behauptet, der Kauf **sei ohne eine aufschiebende Bedingung** zu Stande gekommen, ja er hat das sogar **explicite** gesagt, wenn gleich erst in der Replik und eingekleidet in die Form des Widerspruches der bezüglichen Einwendung seines Gegners. Ist nun aber zwischen diesen beiden Klagssubstanzirungen kein Unterschied, so müssen sie beide gleich behandelt, d. h in einem wie im andern Falle muß dem Kläger der Beweis des **unbedingten** Geschäftsabschlusses aufgelegt werden. —

2) Von der andern Seite wird dagegen eingewendet werden, die Consequenz verlange es, daß dem Kläger bei hinreichend substanzirter Klage[16]) nur über **seine eigenen Asserte**, wenn solche vom Gegner widersprochen wurden, der Beweis injungirt werde, **nicht aber über das Widerspiel der vom Beklagten gemachten positiven Zusätze**, worin die Negation enthalten, oder wodurch sie motivirt wird. Werde ja doch in allen andern Fällen des qualifizirten Geständnisses in dieser Weise interloquirt (s. die Note 15), warum also nicht auch im vorliegenden Fall? — Wenn A. auf Erfüllung eines

---

ausgesetzt werden, daß **bloß das Haus** Gegenstand des Kaufs gewesen sei. — In allen diesen Fällen hat daher **Kierulff** Recht, wenn er a. a. O. sagt: „Räumt der Beklagte ein zur Voraussetzung des Klagerechts gehöriges Moment ein, verknüpft er aber damit eine Gegenbehauptung, wodurch er implicite einen wesentlichen Theil des Klagfundaments läugnet, so kann dieses Behaupten nie die Folge haben, daß der Kläger die Negative, d. h. die Unwahrheit der positiven Behauptungen beweisen müsse, sondern er braucht nur die von ihm selbst behaupteten zur Begründung seiner Klage juristisch gehörigen Thatsachen zu bewahrheiten." —

[16]) Zur Substanzirung ist ja durchaus nicht nöthig, daß in der Klage gesagt wurde, das Geschäft sei **unbedingt** eingegangen worden. —

mit B. abgeschlossenen Kaufvertrages klagt, und B. entgegnet, dieser Kauf sei unter einer Suspensivbedingung eingegangen worden, die noch nicht eingetreten, so enthalte diese Einwendung einen positiven Zusatz, wodurch der Klagegrund, der Kauf sei so abgeschlossen worden, wie A. behauptete, implicite widersprochen werde. B. hätte ja (a) von der Bedingung gar keine Erwähnung zu machen gebraucht, er hätte einfach den Klagegrund negiren, er hätte aber auch widersprechen können, daß der Kauf, oder das Geschäft in der vom Kläger behaupteten Weise zu Stande gekommen [17]), und dann wäre natürlich der ganze Klagegrund, resp. der Kaufabschluß in der vom Kläger behaupteten Weise zum Beweis auszusetzen gewesen. Geradeso müsse (b) in dem Fall erkannt werden, wenn B. als Motiv jenes Widerspruchs, und zur Substanzirung der Klagsableugnung den Zusatz der bedingten Geschäftsabschließung beifügt. Und ebenso sei folglich (c) in unserem Fall zu interloquiren, wo B., anstatt zu widersprechen, bloß von der Beifügung einer Suspensivbedingung spricht. —

Allein nur der erste von diesen drei Fällen (s. oben lit. a) scheint mir richtig entschieden zu sein. Der zweite und dritte Fall (lit. b. u. c.) ist nicht etwa bloß formell und sprachlich, sondern materiell und juristisch, wenigstens prozessualisch vom ersten verschieden. Ob der Kläger von der Nichtbeifügung der Bedingung eine ausdrückliche Erwähnung macht oder nicht, das ist vollkommen gleichgiltig (s. oben nr. 1). Ob aber der Beklagte von Beifügung der Bedingung spricht, oder nicht, das ist durchaus nicht dasselbe. Man übersieht nämlich ganz und gar, daß die zwei letzten Fälle (lit. b. u. c.) ein Geständniß, wenn gleich nur ein qualifizirtes, enthalten; der positive Zusatz im Fall b, resp. die Antwort im Fall c,, es sei bedingt contrahirt worden, enthält keine

[17]) Freilich ist der letztere Widerspruch weder ein substanzirter, noch ein spezieller, und es hätte daher der Richter die Exception ad emendandum zurückgeben sollen, um zu erfahren, auf welche Theile des Klagfundaments sich derselbe eigentlich beziehe. Wenn aber der Richter das unterlassen, oder der Beklagte dieser Aufforderung nicht entsprochen hatte, so muß natürlich, wie oben geschehen, interloquirt werden.

totale Negation des Klagegrundes (wie der Fall a), sondern nur eine partielle Verneinung desselben. Entgegnet z. B. B. auf die Vindikation des A., er selbst, oder der C., sei Eigenthümer der fraglichen Sache, so ist das ganz das Nämliche, als ob er das Eigenthum des A., und also den ganzen Klagegrund widersprochen hätte. Wendet aber in unserem Fall B. ein, der Kauf sei bedingt eingegangen worden, so gibt er das Geschäft nach allen in der Klage angeführten Beziehungen zu (seiner Natur nach, als Kauf, wie hinsichtlich des Objekts, des pretii, und der allenfallsigen Modalitäten), und behauptet bloß, daß es bedingt geschlossen worden, und die Bedingung noch nicht eingetreten sei. Es ist also durchaus nicht gleichgiltig, ob B. den Klagegrund, wenigstens den Geschäftsabschluß in der behaupteten Weise, negirt, oder ob er einwendet, das Geschäft sei unter einer Bedingung eingegangen worden. Im ersten Fall widerspricht er den ganzen Klagegrund, im zweiten Fall nur einen Theil desselben. Am klarsten zeigt sich der Unterschied zwischen beiden Fällen in den praktischen Folgen, nämlich im Inbegriff dessen, was dem Kläger zu beweisen obliegt. Im ersten Fall hat der Kläger nicht bloß darzuthun, daß der Kauf abgeschlossen wurde, sondern auch, daß gerade dieser Gegenstand, und bloß dieser verkauft worden, ferner zu dem in der Klage angeführten Preise und unter den daselbst angegebenen Modalitäten. Im zweiten Fall hat aber der Kläger nur die Unbedingtheit zu erweisen, und braucht einzig und allein diesen Punkt, und sonst Nichts darzuthun, denn alles Andre ist ja zugestanden. —

Allerdings liegt auch im ersten Fall in gewisser Hinsicht ein qualifizirtes Geständniß vor, denn B. räumt ja ein, daß ein Hauskauf, oder doch ein Kauf, oder wenigstens ein Geschäft zwischen ihm und A. zu Stande gekommen sei, er widerspricht bloß, daß das Geschäft, oder daß dieser Kauf in der vom Kläger behaupteten Weise eingegangen worden sei. Allein dieses Geständniß ist lange nicht von der Tragweite, lange nicht von dem Umfang, wie jenes, welches in der Einwendung des bedingten Kaufabschlusses liegt. Denn dort räumt B. fast den ganzen Klagegrund nach allen seinen Beziehungen ein, und

widerspricht bloß, daß der Kauf pure eingegangen worden sei, Kläger hat daher auch bloß die Unbedingtheit zu erweisen. Hier aber hat B. fast den ganzen Klagegrund widersprochen, Kläger muß daher fast alle seine Asserte nachweisen, wenigstens daß der fragliche Kauf pure, über das betreffende Objekt und zu dem betreffenden Preise abgeschlossen worden sei. Das Geständniß des B., daß ein Kauf, oder überhaupt ein Geschäft eingegangen worden sei, ist nahezu ohne alle praktische Bedeutung, ohne allen Werth für den Kläger. —

3. Aus dem so eben Gesagten ergibt sich aber ein neuer und gewichtiger Grund gegen die hier bekämpfte Interlokutionsweise. Interloquirt man im Sinne der Neuern: „Kläger habe zu beweisen, der Kauf sei in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen", obgleich der Beklagte bloß von Beifügung einer Bedingung gesprochen, und also nicht den ganzen Klagegrund, sondern nur einen Theil desselben widersprochen hatte, — so muthet man dem Kläger offenbar zu viel zu, denn es werden ihm dann Thatsachen zum Beweis aufgegeben, welche der Beklagte bereits zugestanden hatte, die also Kläger nicht mehr zu beweisen schuldig ist. Das qualifizirte Geständniß ist bloß hinsichtlich der Beweislast, nicht aber auch hinsichtlich des Beweissatzes untheilbar.

S. oben S. 151 flgd.

Ist es aber theilbar, d. h. kann es von den damit verbundenen einschränkenden Zusätzen getrennt werden, und braucht also nicht der ganze Klagegrund bewiesen zu werden,

vgl. v. Bayer S. 735,

so darf auch nicht der ganze Klagegrund zum Beweis ausgesetzt werden, vielmehr ist bloß auf jene Thatsache zu interloquiren, wodurch der gemachte Zusatz ausgeschlossen wird. S. oben S. 157[18]).

Es kann also in unserem Fall bloß der unbedingte Abschluß des Geschäfts zum Beweis aufgegeben werden, denn

[18]) Hält man freilich das qual. Geständniß mit Danz für absolut untheilbar, dann muß man natürlich den ganzen Klaggrund zum Beweis aussetzen. Von dieser Ansicht ging wohl das Rostocker O. A. G. und die Greifswalder Juristenfacultät aus, wie wir aus dem

Alles Andere ist ja zugestanden. Das Interlokut der Neuern verlangt aber vom Kläger nicht bloß darüber einen Beweis, daß das Rechtsgeschäft unbedingt abgeschlossen wurde, sondern auch darüber, daß es überhaupt als solches eingegangen und zwar in der Weise eingegangen wurde, wie im Klaglibell behauptet worden. v. Bayer weist freilich diese Consequenz zurück und bemerkt zur Rechtfertigung seines Intertokutionsmodus, ein vernünftiger Richter werde sich hiedurch nicht irre machen lassen, sondern in Gemäßheit einer restriktiven Auslegung des Interlokuts den Beweis nicht für verfehlt erachten, wenn Kläger bloß das Absein der Bedingung, nicht aber den Abschluß des Geschäftes überhaupt seiner Natur oder seinem Inhalte nach darzuthun vermag, — ein Resultat, das ohnehin selten genug vorkommen werde. Allein es ist mir nicht möglich, dieser Anschauung beizupflichten. Denn was einmal zum Beweise rechtskräftig ausgesetzt ist, das muß auch erwiesen werden, soll der Beweispflichtige nicht sachfällig werden. — Angenommen aber, v. Bayer's Anschauung sei richtig, ein vernünftiger Richter

---

Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 9. S. 154 sq. ersehen. Es heißt daselbst:

„Hat gleich der Beklagte den Abschluß des Vertrags zugegeben, so hat er ihn doch nur als einen bedingten zugegeben, und „confessio qualificata dividi nequit." Daher steht entweder das Rechtsgeschäft nicht fest, oder es steht auch die von ihm behauptete Bedingtheit fest. Kläger kann dieses Geständniß nicht zerlegen, und muß also den Beweis des Abschlusses führen, und zwar des Vertragsabschlusses ohne Bedingung, nicht der Unbedingtheit des Vertrags."

Wie man sieht, beruht diese Argumentation auf der Theorie von Danz, wonach das qualifizirte Geständniß entweder en bloc angenommen, oder en bloc verworfen werden muß. Diese Theorie, mit welcher Danz ziemlich vereinzelnt dasteht, ist aber schon von Gesterding gründlich widerlegt worden und hat seitdem meines Wissens keinen Anhänger mehr gefunden.

Vgl. oben §. 2 a E. v. Bayer S. 835.

Das Beweisinterlokut auf den gesammten Klagegrund läßt sich meines Erachtens bloß dann rechtfertigen, wenn Kläger in der Replik nicht bloß den mit dem Geständniß verbundenen Zusatz, sondern das Geständniß selbst zurückweist, — wenn er also sagt: „wir haben allerdings auch ein bedingtes Geschäft eingegangen, jetzt klage ich aber das unbedingt abgeschlossene ein."

Vgl. oben §. 2 (S. 146 Nr. 1.) (wo sich ein besseres Beispiel hiefür findet).

dürfte und sollte darnach verfahren, so frage ich: wie denn dann, wenn der Richter zufällig kein vernünftiger ist, und sich strikte an den Buchstaben des Interlokuts hält? — Aber selbst, wenn er ein vernünftiger Richter ist, warum soll man ihn durch ein zu weit gefaßtes und zweideutiges Beweisurtheil irre führen? — Warum soll nicht auf das eigentliche Ziel losgesteuert, warum nicht kurzweg auf die Unbedingtheit des Geschäfts interloquirt werden? Die Interlokutionsweise der neuern Schule soll ja doch mit jener der ältern auf das nämliche Resultat hinauslaufen; der Abschluß des Rechtsgeschäfts „in der behaupteten Weise“ ist auch der neuern Schule der „unbedingte, ohne Modalitäten und Einschränkungen erfolgte Abschluß.“ v. Bayer vermeidet es bloß, das eigentliche Beweisthema näher zu bezeichnen, d. h. die Unbedingtheit, um die es sich einzig und allein handelt, im Interlokut auszusetzen. Die ältere Schule nennt aber das Kind beim Namen, und ich sehe wahrlich nicht ein, was dabei riskirt ist, und welcher Schaden durch diese Fassung dem Kläger zugehen könnte? — Wenn der Kläger den Abschluß des Geschäftes nach seinen Klagsbehauptungen darthut, wenn also in der betr. Urkunde von einer Bedingung kein Wort enthalten, wenn die Zeugen von Beifügung einer solchen nichts erwähnen und auf Befragung nichts davon gehört haben wollen, — so hat ja Kläger den unbedingten Geschäftsabschluß geradesogut dargethan, als wenn die Zeugen darüber deponiren, die fragliche Bedingung sei nicht verabredet worden, die Contrahenten hätten ausdrücklich gesagt, es sei davon blos in den Punktationen die Rede gewesen, das Geschäft selbst sei unbedingt abgeschlossen worden. Im ersten Fall ist der Beweis indirekt und künstlich, im zweitem Fall direkt und natürlich geführt,

vgl. Brackenhöft im Archiv f. civ. Praxis Bd. 22. S. 226 [19]).

Also angenommen auch, die Interlokutionsweise der Neuern sei bloß in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht von jener der Aelteren verschieden, so hat die letztere schon deßhalb

---

[19]) Es scheint mir daher eine unbegründete Befürchtung zu sein, wenn es im Archiv für prakt. Rechtswissenschft a. a. O.

S. oben Note 18.

weiter heißt:

den Vorzug, weil sie den Beweissatz, der möglichst bestimmt und speziell lauten soll,

v. Bayer S. 742,

in diesem Sinn formulirt, während das Interlokut der Neuern mehr oder weniger generalisirt erscheint, ja sogar unbestimmt und zweideutig ist. —

4. Nun habe ich aber in meiner Abhandlung

Seite 92—94.

die Interlokutionsweise der Neuern aus einem besonderen Grunde noch verfochten, zu dem ich mich jedoch jetzt nicht mehr bekennen kann. Die herrschende Ansicht, der ich damals noch beipflichtete, gestattet bekanntlich eine Antireprobation, wenn der Gegenbeweis künstlich geführt wurde, weil dann die Antireprobation auf ein ganz anderes Thema geht, als das dem Probanten im Interlokut aufgegebene,

vgl. v. Bayer S. 772.

Wird nun interloquirt, Kläger habe darzuthun, das Geschäft sei in der von ihm behaupteten Weise abgeschlossen worden, und beweist der Kläger demgemäß seine Klagsasserte, so kann er nach der communis opinio wider den Gegenbeweis des Beklagten, es sei bedingt contrahirt worden, immer wieder die Antireprobation unternehmen, die fragliche Bedingung sei nicht beigefügt worden. Wird aber interloquirt, das Geschäft sei unbedingt abgeschlossen worden, so kann Kläger, wenn er seine Klagsasserte dargethan, den beklagtischen Gegenbeweis der Bedingtheit nicht mehr durch die Antireprobation der Unbedingtheit paralysiren; denn da das Interlokut auf den Beweis der Unbedingtheit gestellt ist, mußte der Probant alle seine Beweismittel hiefür cumuliren, und kann daher nicht den künst-

„Wird die Unbedingtheit zum Beweis ausgesetzt, so könnte dieß zu der Deutung veranlassen, daß die Nichtverabredung der behaupteten Suspensivbedingung unmittelbar und positiv dargethan werden müßte, während es doch genügt, wenn die Zeugen bloß ihr Nichtwissen in dieser Beziehung aussprechen ꝛc.“

Auch Langenbeck in seiner Beweisführung I. S. 338 u. 39. theilt diese Befürchtung u. interloquirt mit Schneider (Lehre vom Beweis S. 46) im Sinn der Neuern.

lichen Beweis der Unbedingtheit probando, und den natürlichen reprobando modo gebrauchen. Um nun dem Kläger die Antireprobation zu ermöglichen, muß — folgerte ich — im Sinne der Neuern auf den Beweis der Klagsasserte interloquirt werden, und es spricht also hiefür nicht blos ein formeller (s. nr. 2, Abs. 1), sondern auch ein sehr gewichtiger materieller Grund[20]). — Den ersteren formellen Grund habe ich bereits widerlegt (s. nr. 2 Abs. 2), und formelle sowohl als materielle Gründe (nr. 1—3) für die ältere Interlokutionsweise beigebracht. Aber auch der eben vorgetragene materielle Grund, den ich für den Interlokutionsmodus der Neuern geltend gemacht, kann die Probe nicht bestehen. Mit Recht hat nämlich die neueste Doktrin

---

[20]) Die Zulässigkeit einer Antireprobation wird von v. Bayer: a) als selbstverständlich vorausgesetzt, und b) wenn nicht explicite, so doch implicite als Grund jener Interlocutionsweise angeführt.

v. Bayer lehrt nämlich a. a. O.:

„Der Kläger hat überhaupt nur das Geschäft, wie er es behauptet, zu erweisen. — — — Der Beweis der Bedingung gehört in das Gebiet des direkten Gegenbeweises. Einen direkten Gegenbeweis ist aber der Kläger nicht eher schuldig zu widerlegen, ehe derselbe noch angetreten wurde." (Vgl. auch Langenbeck l. c. S. 338.)
D. h. also, der Kläger ist nicht verbunden, mit dem Beweis seiner Klagsasserte auch den Beweis der Unbedingtheit anzutreten, soferne er neben dem einen auch den andern zu liefern vermag, er ist nicht eher verbunden, den Beweis der Unbedingtheit anzutreten, als bis der Beklagte den Beweis der Bedingtheit geführt hat. Ist aber das Letztere geschehen, dann erst entsteht für den Kläger die Pflicht, mit dem Beweis der Unbedingtheit hervorzutreten, wenn er nicht sachfällig werden will. Wozu aber der Kläger verbunden ist, dazu ist er natürlich auch berechtigt. Die Sache steht demnach in v. Bayer's Sinn, wie folgt:

„Der Kläger ist nicht schuldig, außer seinen Klagsasserten auch die Unbedingtheit zu erweisen, die er gar nicht ausdrücklich behauptet hat, aber er wird zu diesem Beweis verpflichtet, und ist also hiezu auch berechtigt, sowie der Beklagte die Bedingtheit dargethan hat."

Steht es nun im Sinne v. Bayer's fest, daß Kläger die Unbedingtheit nicht eher zu erweisen braucht, als bis der Beklagte reprobando modo die Bedingtheit dargethan hat, so versteht es sich von selbst, daß Kläger die Unbedingtheit auch nicht eher erweisen soll, weil er sonst die Antireprobation einbüßt, und daß folglich die Unbedingtheit gar nicht zum Beweis ausgesetzt werden darf. —

den Satz „reprobatio reprobationis non datur" als einen ausnahmslosen aufgefaßt.

Vgl. Emminghaus im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 7. S. 326 u. 329.

Es geht nicht an, daß der Kläger bezüglich des nämlichen Thema's zugleich als Probant und Reprobant auftrete, vielmehr folgt aus dem natürlichen Verhältniß des Angreifenden zum Angegriffenen, daß dem letztern allezeit das letzte Wort gebührt. Dieser Satz gilt geradesogut im Beweisverfahren wie im Schriftenwechsel.

S. die IX. Abhandl. §. 2.

Wenn wir also auch im Sinn der Neuern interloquiren, Kläger habe zu beweisen, daß das Geschäft so, wie in der Klage behauptet wurde, abgeschlossen worden sei, so ist ja, wenn Kläger diesen Beweis erbracht hat, implicite auch erwiesen, daß jenes Geschäft unbedingt eingegangen wurde, welchen Beweis man eigentlich von ihm wollte; Kläger kann also nicht dasjenige auf dem Weg der Antireprobation nochmals erweisen, was er auf dem Weg der Probation bereits dargethan hat; er kann nicht das nämliche Factum zum zweitenmal künstlich erweisen, welches er schon einmal direkte dargethan hat. Er darf das dann nicht, wenn das fragliche Factum im Beweisthema inbegriffen, bloß als integrirender, accessorischer Theil, durchaus nicht als Hauptpunkt desselben erscheint (wie die Anwesenheit am fraglichem Ort, wenn die Injurie an demselben zum Beweis ausgesetzt wurde und der Gegner ein Alibi nachgewiesen hatte),

S. die IX. Abhandl. §. 2 ad 3.

Um wie viel weniger darf er es also in unserem Fall, wo das fragliche Factum, nämlich die Unbedingtheit, nicht bloß im Beweisthema inbegriffen ist, sondern als der eigentliche Haupt- und Kernpunkt desselben erscheint. —

Wenn wir also auch im Sinn der Neuern interloquiren, so ist doch die Antireprobation des Klägers — der richtigern Ansicht nach — nicht zulässig. Hiemit stürzt aber der Hauptgrund zusammen, welcher sich für die Interlokutionsweise der Neuern anführen läßt, und worauf ich in meiner Abhandlung a. a. O.

so großes Gewicht gelegt habe. — Ich glaube somit nach allen Seiten dargethan zu haben, daß der ältere Interlokutionsmodus, nämlich das auf die Unbedingtheit lautende Beweisurtheil, der richtige sein dürfte. —

Schließlich wäre noch zu untersuchen, wem über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung Beweis aufzulegen ist und unter welcher Voraussetzung?

1) Folgt man der richtigen Ansicht und legt dem Kläger den Beweis der unbedingten Eingehung des Geschäfts auf, so muß ihm selbstverständlich auch der Beweis des Eintritts der Bedingung aufgebürdet werden, aber natürlich nur eventualiter und unter der Voraussetzung, daß er das qualifizirte Geständniß des Gegners, (die Nebenberedung der Bedingung betr.), eventuell angenommen, aber den Eintritt der Bedingung behauptet hatte. Wenn daher Kläger in der Replik auf seinen Klagsasserten beharrte, so würde der Richter das Verhandlungsprinzip verletzen, wollte er dem Kläger den Beweis einer Thatsache auflegen, die er weder behauptet, noch von seinem Standpunkt zu behaupten nöthig hatte, weil er im vorliegenden Fall nur aus einem pure abgeschlossenen Geschäft Rechte geltend gemacht hatte. — Kann daher Kläger die Unbedingtheit nicht darthun, oder beweist er gar die Bedingtheit, oder beweist sie der Beklagte auf dem Weg der Reprobation, so muß letzterer absolvirt werden, gesetzt auch, der Eintritt der Bedingung wäre notorisch, oder vom Beklagten, oder gar vom Kläger selbst erwiesen worden.

2) Folgt man aber der gegentheiligen, in unserer neuern Praxis sehr verbreiteten Ansicht und legt dem Beklagten über die Beifügung der Bedingung Beweis auf,[21]) so muß man dem Kläger, soferne er in der Replik den

[21]) Für diese Ansicht läßt sich Folgendes anführen. Der Kläger braucht nur jene Thatsachen zu erweisen, welche regelmäßig zur Entstehung seines Rechts gehören, nicht aber den Mangel aller denkbaren außerordentlichen Hindernisse dieser Entstehung. Er braucht daher nicht darzuthun, daß dem fraglichen Geschäft keine Modalität (kein modus, kein dies, keine Bedingung) beigefügt wurde, und zwar ebensowenig, als er zu beweisen braucht, daß die Contrahenten willens- und dispositionsfähig gewesen seien, daß kein error, dolus, metus, keine Simulation ꝛc. ꝛc. vorgegangen sei. Vielmehr streitet

Eintritt eventuell behauptet oder den vom Beklagten behaupteten Nichteintritt widersprochen hatte, — dessenungeachtet den Beweis der erfüllten Bedingung injungiren, aber natürlich nur eventualiter.

Wenn nämlich durch den Beweis des Beklagten einmal feststeht, daß der Vertrag bedingungsweise abgeschlossen worden sei, so kann Kläger aus einem seinen Klagsasserten nach pure eingezogenem Geschäft keine Rechte mehr geltend machen, sondern nur aus dem bedingt abgeschlossenen. Dazu gehört aber die Behauptung und der Beweis des Eintritts dieser Bedingung. Diese Behauptung erscheint demnach als eine wahre Replik, oder — was dasselbe ist — die Klage erscheint von dem Augenblick an als unsubstanzirt, sowie der Beklagte bewiesen hat, daß das Geschäft unter einer Suspensivbedingung zu Stande gekommen. Wenn:

a) Niemand bestreitet, daß Kläger den Eintritt der Bedingung beweisen müsse, wenn er selbst in der Klage anführte, das Geschäft sei bedingt abgeschlossen worden. Wenn es ferner:

b) in der Praxis allgemein anerkannt ist, daß Kläger den Eintritt der Bedingung beweisen müsse, wenn er die vom Beklagten eingewendete Beifügung derselben eingestand (S. die Note 22), jedoch deren Eintritt behauptete, — so muß er

c) diesen Beweis consequent auch dann übernehmen, wenn er jene Behauptung nur eventuell gemacht hatte.[22])

---

die Vermuthung dafür, daß das Geschäft unbedingt und ohne Irrthum, Zwang, Betrug, Simulation 2c. 2c. zu Stande gekommen sei. —

[22]) Für die gegentheilige Ansicht führt man freilich an, daß der Beklagte, wenn er die Beifügung einer Bedingung zu beweisen hat, nothwendig auch deren Nichterfüllung darthun müße, weil die Nichtexistenz des Klagerechts nur durch die Verbindung beider Thatumstände gezeigt werden könne, weil ferner die Einrede des bedingten Abschlusses unsubstanzirt ist, so lange nicht der Beklagte auch den Nichteintritt der Suspensivbedingung behauptet. Allein diese Construktion der Einrede ist gewiß falsch; wäre sie richtig, so müßte sie, wie in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 25 S. 97 flg. gesagt ist, die Probe auch für den Fall aushalten, wenn Kläger die vom Bek'agten eingewendete Beifügung einer Bedingung zugesteht, oder deren Nichteintritt widerspricht, also deren Eintritt behauptet. Consequent müßte

VIII. Abhandlung.

Zur Lehre vom gerichtlichen Geständniß.

(Ueber den animus confitendi und die Nothwendigkeit der Acceptation.)

S. meine Abhandl. in der Gießner Zeitschrift Bd. 22. (1865) S. 311 u. fgd.

I.

Zur Wirksamkeit des Geständnisses überhaupt gehört auf Seite des Bekennenden:

1. Willensfähigkeit. Unter Umständen auch:

---

man nämlich auch in diesem Fall dem Beklagten den Beweis der Nichterfüllung aufbürden, weil darin, daß von 2 thatsächlichen Einredegliedern ein einzelnes Glied zugestanden worden, kein Grund auffindbar wäre, dem Beklagten den Beweis des anderen Punktes abzunehmen. Nichtsdestoweniger befreit man in diesem Fall den Beklagten von der Beweislast, indem man sagt, durch das in der Replik gemachte Zugeständniß sei die Sache auf den nämlichen Stand gebracht, als wenn Kläger die Bedingung schon in der Klage angeführt hätte, wo Niemand bestreitet, daß er dann den Eintritt derselben beweisen müsse, wenn ihn der Beklagte widerspricht, daß also dieser Eintritt zur Klagssubstanzirung gehöre.

Gerade hiedurch gibt man aber eine Hauptblöße. Denn die rechtliche Qualifikation eines Thatumstandes, ob er zur Klagssubstanzirung, oder zur Exzeptionsbegründung gehört, ist völlig unabhängig von der Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsachen. Gehört daher die Frage der Bedingnißerfüllung wirklich zur Substanzirung der Einrede, so kann es auch nicht in der Macht des Klägers liegen, diese Eigenschaft mittelst eines faktischen Zugeständnisses zu ändern und die Sache wieder in's Gebiet der Klagsbegründung zurückzuführen. Uebrigens ist die Behauptung des bedingt abgeschlossenen Geschäfts keineswegs ohne exceptitische Bedeutung. Die Nichterfüllung der Bedingung ist allerdings der materielle Einredegrund, der prozeßuale liegt aber lediglich darin, daß nur ein bedingter Geschäftsabschluß stattgefunden. Denn in dem Augenblick, da der Beklagte diese Behauptung beweist, erscheint die Klage als unsubstanzirt und muß also Kläger den Eintritt derselben beweisen, welcher somit eine wahre Replik ist. Der Beklagte ist daher nicht verbunden, sich zugleich über die Nichterfüllung der Bedingung zu äußern. That er es dennoch, so ist das keine Einrede, sondern ein antizipirt Widerspruch einer drohenden Replik. In diesem Sinn hat denn auch unser OAG. wiederholt erkannt in den Jahren 1859, 1860 und 1863. Es handelte sich in dem zuletzt entschiedenen Falle um einen Kaufvertrag, welcher nach der beklagtischen Erwiederung unter der Bedingung abgeschlossen

2. Dispositionsbefugniß [1]). Sodann:
3. Willensfreiheit und
4. der animus confitendi, d. h. die Absicht des Bekennenden, sich durch das Geständniß verpflichten zu wollen.

Es soll hier untersucht werden, ob und inwieferne der animus confitendi auch beim gerichtlichem Geständniß nothwendig ist [2]), resp. worin er hier besteht.

---

wurde, daß seine Ehehälfte demselben zustimmen werde. Das OAG. erkannte, es sei dem Beklagten der Beweis der Bedingung und eventuell dem Kläger der Beweis der ehefräulichen Zustimmung aufzulegen.

Vgl. die Blätter für Rechtsanwendung. Band 25 S. 282. Bd. 29 S. 153 und 154.

[1]) Seuffert, im Commentar Bd. 3. S. 266. und in den Bl. f. R. A Bd. 3. S. 202. unterscheidet sehr treffend, ob sich das Geständniß auf das Rechtsverhältniß selbst bezieht, oder nur auf die demselben zu Grunde liegenden Thatsachen. Nur beim ersteren, nicht aber beim letztern ist Dispositionsbefugniß des Confitenten nothwendig. Seuffert lehrt a. a. O.:

„Da Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes und Hauskinder ohne Autorisation des Vaters über ihre Rechte nicht verfügen und keine Verbindlichkeit übernehmen können, so bedarf es solchen Vollworts auch bei dem Willensact, welcher im gerichtlichen Geständniß liegt. Handelt es sich dagegen von einzelnen Thatsachen, von welchen nur der volljährige Haussohn, nicht der Vater eigenes Wissen hat, so kann der Widerspruch des Letztern nicht hindern, daß dem von Jenem abgelegten Geständniß so viel Wirksamkeit beigelegt wird, als ihm zufolge seiner innern Glaubwürdigkeit zukommt."

[2]) Ueber den Begriff und die Bedeutung des animus confitendi beim Geständniß überhaupt und insbesondere beim gerichtlichen drücken sich die Schriftsteller ziemlich übereinstimmend aus.

v. Tevenar in seiner Theorie des Beweises S. 76. und Danz, Grundsätze des ordentl. Proz. S. 292. lehren:

„Beim Geständniß kömmt Alles darauf an, ob der Gestehende den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen, und ob seine Darstellung in der Absicht geschieht, daß solche als ein Beweisthum angesehen werden soll."

Gönner im Handbuch II, 43. §. 9. lehrt:

„Ein jedes Geständniß setzt die Absicht voraus, eine rechtsverbindliche Handlung vorzunehmen. Bei gerichtlichen Handlungen muß diese Absicht als Regel aufgestellt werden, weil Alles, was bei Gericht geschieht, mit Ernst und Vorbedacht unternommen werden muß."

v. Linde im Lehrbuch S. 326. Note 18. sagt:

Die Willensfreiheit und also auch der animus confitendi wird bekanntlich ausgeschlossen durch Betrug, Zwang

„Der animus confitendi wird beim gerichtlichen Geständniß immer vorausgesetzt.“

Gesterding in seinen Nachforschungen II. S. 101 bemerkt:

„Ich denke mir unter animus confitendi die Absicht dem Andern zur Feststellung von Rechtsverhältnissen etwas einräumen zu wollen.“

Schmid im Handbuch II. S. 126 sagt:

„Der animus confitendi ist bei jedem Geständniß nothwendig, soferne man darunter die Ernstlichkeit der Erklärung versteht, wird aber beim gerichtlichen Geständniß immer als vorhanden betrachtet.“

Martin in seinen Vorlesungen II. S. 128 (1855) lehrt:

„Die Absicht des Bekennenden, bei der Erklärung über die Thatsache ein Geständniß ablegen zu wollen, darf keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt sein. Dieser letztere Umstand ist besonders aus den formellen Requisiten des Geständnisses zu beurtheilen, d. h. aus der Art und Weise, wie das Geständniß abgelegt wurde. In formeller Beziehung erfordert aber das Geständniß, daß es mit genügender Ueberlegung und ernstlich abgelegt sei, was nur bei den außergerichtlichen Geständnissen zweifelhaft sein kann. b) Daß es mit Bestimmtheit und Deutlichkeit abgelegt sei. Endlich c) daß die Wahrheit uneingeschränkt anerkannt worden sei.“

Osterloh im Lehrbuch des gemeinen Civilprozesses bemerkt S. 340:

„Die Ernstlichkeit zu gestehen wird beim prozessualen Geständniß vorausgesetzt. Der Absicht zu gestehen, bedarf es hier nicht.“

Und S. 9 sagt er:

„Auf die Beweggründe, wodurch das Geständniß hervorgerufen werden soll, kömmt nichts an. Ueberzeugung des Gestehenden von der Wahrheit des Zugestandenen wird nicht gefodert.“

v. Bayer endlich lehrt in der 7. Aufl. seiner Vorträge S. 411 nr. 8:

„Endlich darf — wie man sich auszudrücken pflegt — der animus confitendi nicht fehlen, d. h. die Aeußerung darf nicht etwa aus Scherz oder Simulation gemacht worden sein, was bei einem gerichtlichen Geständniß ohnehin nicht anzunehmen ist; sie darf aber auch nicht in solcher Art geschehen sein, woraus ersichtlich ist daß sich der Sprechende dadurch in Bezug auf die vorliegende Streitsache nicht habe verpflichten wollen.“

Ebenso sagt Renaud im Lehrbuch S. 152 und 153:

„Der animus confitendi ist die Absicht des Bekennenden, die betreffende Thatsache oder das betr. Rechtsverhältniß für den vorliegenden Rechtsstreit festzustellen, eine Absicht, die nicht mit dem Willen, durch die Erklärung sich zu binden oder etwas zum Vortheil des Gegners einzuräumen, zusammenfällt, wie Bayer meint S. 710.“

In der 8. Auflage S. 710. nr. 9. drückt sich nämlich Bayer in folgender Weise aus:

und Irrthum. Anlangend den Irrthum, so theilt Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands im 14ten Bande nr. 185 folgenden interessanten Rechtsfall mit, welcher beim Stuttgarter Obertribunal zur Entscheidung kam, und der mir die Veranlassung zur vorliegenden Abhandlung gab.

„Christine F., welche am 17. Nov. 1857 ein außereheliches Kind geboren, hatte den Friedrich G. als Vater desselben pcto. pat. et aliment. belangt. Als der Beklagte hiegegen einwandte, daß die Klägerin in der kritischen Zeit auch mit dem Bräuknecht M. fleischlichen Umgang gepflogen habe, erwiederte sie, daß der Bräuknecht erst 3 Wochen nach Ostern, welches am 12. April war, so zu ihr gekommen sei. Da nun die kritische Zeit den Zeitpunkt vom 22. Januar bis 20. Mai 1857 umfaßte, so fiel jener Beischlaf noch in dieselbe hinein, und es war somit durch die Einräumung der Klägerin die thatsächliche Grundlage der Einrede des Beklagten zugestanden. Dieß wurde der Klägerin vom Prozeßinstruenten sofort auch vorgehalten. Auf diesen Vorhalt bestritt sie nun für die ganze Dauer der kritischen Zeit fleischlichen Umgang mit einer andern Mannsperson als dem Beklagten gehabt zu haben, und machte geltend, daß sie mit ihrem vorherigen Bekenntniß nichts ihr Nachtheiliges habe zugeben wollen, denn sie habe geglaubt, die kritische Zeit endige mit Ostern.

Das Obertribunal erkannte jedoch in der anfänglichen Einräumung der Klägerin ein wirksames gerichtliches Geständniß und hielt dessen nachherigen Widerruf nicht für begründet. Denn die Klägerin — heißt es in den Motiven — hat diesen Widerruf nicht damit zu rechtfertigen gesucht, daß sie sich unrichtig oder undeutlich ausgedrückt, sondern lediglich damit, daß sie geglaubt habe, die kritische Zeit endige mit Ostern und es sei daher für sie unverfänglich, wenn sie den Umgang mit dem Bräuknecht nach Ostern zugebe. Ein solcher Irrthum kann aber den Widerruf eines Geständnisses nicht rechtfertigen, denn derselbe bezieht sich nicht auf die zugestandene Thatsache an sich, sondern auf die aus dieser Thatsache abzuleitenden Folgen. War sie sich dieser Folgen auch nicht bewußt, glaubte sie vielmehr, aus einem Beischlafe nach Ostern habe das von ihr geborene Kind nicht entstehen können, so hat dieß auf die Ernstlichkeit ihres Willens, jene Thatsache zuzugestehen, keinen Einfluß, da es sich nur von dem Geständniß einer rein objektiven Thatsache und nicht von den daraus abzuleitenden thatsächlichen oder rechtlichen Folgen handelt. Für das Zugeständniß dieser Thatsache, nämlich des Umgangs mit dem Bräuknecht in der

---

„Ist aus der Art und dem Zusammenhang der Erklärung ersichtlich, daß sich die Partei durch das Geständniß nicht binden wollte, z. B. in Folge einer ausdrücklich beigefügten Protestation, so ist die Erklärung überhaupt nicht als Geständniß zu betrachten."

Noch weiter geht Langenbeck (Bd. I. S. 142.) S. den folg. Text oben.

bestimmten Zeit, kann positiv kein anderer Grund vorgelegen sein, als die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Angabe. Daß die Klägerin etwas ihr Nachtheiliges hiemit zuzugeben nicht geglaubt hat, thut nichts zur Sache, denn die Ueberzeugung des Gestehenden, etwas ihm Nachtheiliges zuzugestehen, ist kein Erfoderniß eines giltigen Geständnisses, und der animus confitendi wird bei einem gerichtlichen Geständniß als gewiß vorausgesetzt. Es ist als gewiß anzunehmen, daß die Klägerin gestehen wollte, 14 Tage nach Ostern mit dem Bräuknecht zu thun gehabt zu haben, wenn sie auch glauben mochte, sich hiedurch nichts von ihren Ansprüchen zu vergeben. Ihr Irrthum, ein Beischlaf in dieser Zeit falle nicht in die kritische Zeit, war nur ein außerwesentlicher, der auf die zugestandene Thatsache keinen Einfluß äußerte. Die Wahrheit der exc. plur. concumbent. muß daher aus dem von der Klägerin abgelegten Geständniß hergeleit werden."

Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart vom 14. Dez. 1860.

Ein analoger Fall wäre folgender:

Die A. klagt gegen den B. pcto. pat. et alimentat., indem sie angibt, daß sie Anfang April 1844 mit B. zu thun gehabt, und am 3. Februar 1845 von einem Mädchen entbunden worden sei. B. widerspricht, im Monat April der Klägerin beigewohnt zu haben und bemerkt, das sei erst Ende Juli geschehen, er könne deßhalb nicht Vater des im Februar geborenen Kindes sein, und bitte daher von der Klage entbunden zu werden. Auf den Vorhalt des Prozeßinstruenten, der Monat Juli falle noch in die kritische Zeit, erwiedert B., er habe mit seinem Geständniß nichts Nachtheiliges zugestehen wollen, er habe geglaubt, die kritische Zeit endige mit dem Monat Juni —

Im einen, wie im andern der mitgetheilten Fälle liegt ein Irrthum hinsichtlich der Berechnung der kritischen Zeit vor. Im ersten Fall wollte die Klägerin die exc. plur. concumb. nicht zugestehen, und hat sie dennoch eingestanden. Im zweiten Fall wollte der Beklagte die Vaterschaft nicht eingestehen, er hat sie auch nicht zugegeben, vielmehr expressis verbis und gleich anfänglich widersprochen, und dennoch muß er als Vater verantwortlich gemacht werden, weil er den Umgang zur kritischen Zeit eingeräumt hatte. In beiden Fällen schadet also der Irrthum dem Geständnisse nicht (wohl aber dem Confitenten). Der Grund hievon liegt meines Erachtens einfach darin, weil der Irrthum des Confitenten kein faktischer, sondern ein Rechtsirrthum ist, der letztere aber der Wirksamkeit des Geständnisses keinen Abbruch thut. „Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit", sagt die l. 2. D. (de

confess.) Die Vaterschaft kann eben nur künstlich erwiesen werden, nämlich durch den Nachweis des Umgangs zur kritischen Zeit, oder durch das Geständniß des Beklagten, sei es jenes Umgangs, oder der Vaterschaft unmittelbar. Ersteres ist nun hier der Fall. Der Beklagte hat gerichtlich eingeräumt, Ende Juli mit der Klägerin sich vergangen zu haben, und ist in dieser Beziehung durchaus nicht im Irrthum gewesen. Sein Irrthum bezog sich lediglich auf die Berechnung der kritischen Zeit, und somit auf die Schlußfolgerung vom eingestandenen Umgang auf die Vaterschaft: er meinte, er habe zu spät mit der Klägerin zu thun gehabt, um als Vater des von ihr am 3. Februar gebornen Kindes gelten zu können, während sein Umgang noch in die kritische Zeit, die er eben falsch berechnete, hinein gefallen war. Ein solcher Irrthum ist aber, wie schon gesagt, kein error facti, sondern ein error juris, weil er sich nicht auf die Thatsache des Umgangs und die Zeit desselben bezieht, sondern einzig und allein auf die aus diesen Thatsachen abzuleitenden Folgen. Schlußfolgerungen zu ziehen von den eingestandenen Thatsachen auf die zu erweisenden ist aber Sache des Richters, die Parteien können ihm hier nichts vorschreiben, Irrthümer derselben können ihn nicht binden, in der Subsumtion der vorgetragenen Thatsachen unter die Gesetze ist der Richter unabhängig von den Anträgen der Parteien. Mit Recht sagen daher die Motive des Stuttgarter Obertribunalerkenntnisses:

„Ein solcher Irrthum kann den Widerruf des Geständnisses nicht rechtfertigen, denn derselbe bezieht sich nicht auf die zugestandene Thatsache, sondern auf die aus dieser Thatsache abzuleitenden Folgen. — — — Daß die Klägerin etwas ihr Nachtheiliges hiemit zuzugestehen nicht geglaubt hat, thut nichts zur Sache, denn die Ueberzeugung des Gestehenden, etwas ihm Nachtheiliges zuzugestehen, ist kein Erforderniß eines giltigen Geständnisses und der animus confitendi wird bei einem gerichtlichen Geständniß als gewiß vorausgesetzt."

Der animus confitendi besteht also weder in der Absicht, noch in dem Glauben, etwas dem Confitenten Nachtheiliges, dem Gegner Vortheilhaftes auszusagen. Mit

Recht lehren daher die neuern Schriftsteller Schmid, Martin und Osterloh, daß der animus confitendi, soferne man darunter die Ernstlichkeit der Erklärung versteht, beim gerichtlichen Geständniß immer als vorhanden betrachtet wird, daß es aber hier der Absicht, zu gestehen nicht bedarf. Mit Recht sagt auch Renaud im Lehrbuch S. 249 u. 256, daß der animus bloß in der Absicht bestehe, die betreffende Thatsache für den vorliegnden Rechtsstreit festzustellen, und daß er nicht mit dem Willen zusammenfalle, durch die Erklärungen sich zu binden, oder etwas zum Vortheil des Gegners einzuräumen. (S. oben Note 2.)

Dagegen sagt Langenbeck in seinem trefflichen Werk

Die Beweisführung (1858)

Bd. 1 Seite 142,

er könne der Behauptung nicht beitreten, daß es beim gerichtlichen Geständniß auf das Vorhandensein des animus confitendi nicht ankomme, denn es sei unleugbar, daß dem Vortragenden namentlich bei mündlicher Verhandlung, mitunter Worte unterlaufen, deren Tragweite er in dem Augenblick, da sie seinem Mund oder seiner Feder entschlüpfen, nicht ermessen hat, oder nicht füglich ermessen konnte, oder daß er sich in einer Weise ausdrückt, die mehrere Deutungen zuläßt.

vgl. Seufferts Archiv III. nr. 129.

Dieses zeige sich insonderheit bei Vergleichsunterhandlungen, bei denen der animus confitendi nur unter der vom Gestehenden gemachten Voraussetzung eines wirklichen Abschlusses des Vergleichs anzunehmen sein dürfte. (An dieser feinen Bemerkung erkennt man den gewandten Praktiker.)

Im gegentheiligen Sinn spricht sich auch v. Bayer aus. Er lehrt S. 710:

„Ist aus der Art und dem Zusammenhang der Erklärung ersichtlich, daß sich die Partei durch das Geständniß nicht binden wollte, z. B. in Folge einer ausdrücklich beigefügten Protestation, so ist die Erklärung überhaupt nicht als Geständniß zu betrachten.“

Nach Bayer scheint also in den vorliegenden praktischen Fällen anders entschieden werden zu müssen. Denn „aus der Art

und dem Zusammenhang der Erklärung," welche der peto. pat. belangte Concumbent (im zweiten Fall) abgegeben hatte, „ist ja ersichtlich, daß er sich durch das Geständniß nicht binden wollte;" es fehlt ihm die Ueberzeugung und also auch die Absicht, etwas Nachtheiliges einzuräumen. Er glaubte nicht, die Vaterschaft eingestanden zu haben, und noch weniger wollte er sie eingestehen. Dieser seiner Gesinnung hat er denn auch den unzweideutigsten und bestimmtesten Ausdruck gegeben: er hat nämlich die Vaterschaft ausdrücklich widersprochen, obgleich er den Umgang zu einer gewissen Zeit nicht in Abrede stellte. Ich frage: Ist dieser Widerspruch nicht „eine ausdrücklich beigefügte Protestation gegen die den Beklagten verpflichtenden Wirkungen seines vorausgegangenen Geständnisses", und folglich ein wirksamer Protest gegen die nachtheiligen Folgen des zugestandenen Beischlafs?! —

Ein Protest ist es freilich und ein ganz entschiedener und unzweideutiger Protest, aber kein juristisch zulässiger und wirksamer [3]); denn dann wäre nicht bloß der error facti, sondern auch der error juris dem Geständniß hinderlich, der erstere, weil er die Willensfreiheit aufhebt, der letztere, weil er den animus confitendi ausschließt. Daß aber der Rechtsirrthum der Wirksamkeit des Geständnisses keinen Eintrag thun könne, ist klar gesagt in der oben allegirten Digestenstelle, und wird von Bayer selbst zugegeben (S. 703 u. 697. lit. b).

Es scheint daher beim gerichtlichen Geständniß eine praesumtio juris et de jure für das Vorhandensein des animus confitendi zu sprechen; denn er kann weder durch den Gegenbeweis der Unüberlegtheit, noch der Simulation (v. Bayer S. 710), noch durch jenen des Rechtsirrthum's angefochten werden.

So scheint es. Aber dennoch hat v. Bayer Recht, wenn er den animus confitendi durch eine Protestation des Confitenten aufheben läßt; nur muß diese eine motivirte, be-

[3]) Denn dann könnte jedes Geständniß durch einen angehängten Protest entkräftet werden. Der Darlehnskläger könnte in der Replik die exc. solutionis zugeben und dabei bemerken, er habe aber durchaus nicht die Absicht, dem Gegner hiemit etwas einzuräumen! —

gründete sein, d. h. eine Protestation, kraft deren der Confitent erklärt, daß sein Geständniß sich auf ein ganz anderes Rechtsverhältniß beziehe, und daher in diesem Rechtsstreit nicht gegen ihn benützt werden dürfe. Das Geständniß muß also der Art sein, daß die Identität des Rechtsverhältnißes dadurch in Frage gestellt wird. Wenn ich nicht irre, so deutet auch v. Bayer dieses an, nämlich in der 7ten Auflage mit den Worten: aus der Aeußerung dürfe nicht ersichtlich sein, daß sich der Sprechende dadurch in Bezug auf die vorliegende Streitsache nicht habe binden wollen (s. die Note 2. a. E.), u. mit Recht definirt daher Renaud den animus confitendi dahin, „er sei die Absicht des Bekennenden, die betreffende Thatsache oder das betreffende Rechtsverhältniß für den vorliegenden Rechtsstreit festzustellen." Diese Absicht kann, wie gesagt, nur durch eine Protestation aufgehoben werden, wodurch der Confitent erklärt, daß sich sein Geständniß auf den vorliegenden Prozeß gar nicht bezieht. Eine solche Protestation ist nun aber meines Erachtens bloß bei jenem Geständniß möglich, welches dem Kläger Anlaß zur mutatio libelli gibt, also namentlich beim qualifizirten Geständniß; wenn er davon Gebrauch macht, d. h. wenn er es in der Replik acceptirt, ändert er die Klageschrift in wesentlichen Stücken ab.

Vgl. meine Abhandl. in Linde's Zeitschrift Bd. 15. S. 73, und die Abhandl. VII. oben §. 1.

Da nun die mutatio libelli nach der L. E. bekanntlich unzuläßig ist, so hat der mit dem qualifizirten Geständniß verbundene Protest gegen die Benützung des letztern Grund und Sinn. Der Protest gegen die mutatio libelli, wozu der Confitent Anlaß gegeben, ist ein motivirter. Die volle Wirksamkeit des qualifizirten Geständnisses setzt daher voraus, daß es die Absicht des Confitenten ist, die fragliche zugestandene Thatsache dem Urtheil über die Hauptsache unterzustellen, d. h. daß er gegen die Benützung des Geständnisses nicht protestirt hatte.

Wenn daher z. B. der Kläger die Rückzahlung eines Darlehens von 1000 fl. verlangt, und der Beklagte entgegnet, er sei dem Kläger allerdings 1000 fl. schuldig, nur nicht ex mutuo, sondern ex deposito, darauf könne es aber im ge-

genwärtigen Rechtsstreit nicht ankommen, Kläger habe ein mutuum eingeklagt, und müsse also dabei stehen bleiben, d. h. das Darlehen beweisen, — so kann der Kläger dieses Geständniß in der Replik nicht annehmen, auch dann nicht, wenn er sich den mit dem Geständniß gemachten Zusatz gefallen läßt.

Vgl. meine Abhandlung a. a. O. S. 86. und die Abhandl. VII. §. 3. nr. 2.

In unserem Fall ist nun aber ein solcher Protest unmöglich, weil hier die Annahme des Geständnisses und also die Verbesserung der Klage keine mutatio, sondern nur eine emendatio libelli ist. Unsere Klägerin hat am 3. Febr. 1845 geboren und den Monat April 1844 als die Zeit des Beischlafs mit dem Beklagten angegeben. Der Beklagte wendete ein, er habe nicht im April, sondern erst Ende Juli mit der Klägerin zu thun gehabt. Gibt nun die Klägerin in der Replik zu, erst Ende Juli mit dem Beklagten sich vergangen zu haben, so ändert sie die Klage nicht in wesentlichen, sondern nur in unwesentlichen Punkten ab, denn der Monat Juli fällt ebensogut in die kritische Zeit, wie der Monat April. Die Klage besteht im einen, wie im andern Fall, zu Recht. Durch die fragliche Abänderung wird daher die Identität des bisherigen Rechtsstreits nicht aufgehoben, ja nicht einmal alterirt, — sie ist daher keine mutatio libelli, sondern nur eine Emendation, und erscheint folglich auch nach der L. E. als unbedingt zuläßig. Ist aber die fragliche Substituirung eine bloße Verbesserung der Klage, so kann das hierin liegende Geständniß kein qualifizirtes sein und also auch mit keinem Protest versehen werden, welcher die Acceptation desselben in der Replik ausschließt. Unser Beklagter hatte in der Exception widersprochen, mit der Klägerin im Monat April fleischlichen Umgang gepflogen zu haben, und beigefügt, dieß sei erst im Monat Juli geschehen. Hätte er nun weiter gesagt:

„Ich habe zwar im Juli mit der Klägerin zu thun gehabt, sie hat aber den Monat April als den be-

treffenden Zeitpunkt angegeben, und muß also dabei stehen bleiben, d. h. den Nachweis dieser ihrer Behauptung führen, oder den bisherigen Prozeß fallen lassen, alle Kosten ersetzen, und eine neue verbesserte Klage einreichen", —

so würde dieser Protest gänzlich unwirksam sein, denn obiges Geständniß ist kein qualifizirtes, seine Benützung in der Replik enthält, wie wir uns oben überzeugt haben, keine Aenderung, sondern bloß eine Verbesserung der Klage. Ungeachtet jenes Protestes könnte die Klägerin davon profitiren, ohne deßhalb von ihren Klagebehauptungen abzugehen, und zwar in folgender Weise:

„Ich bleibe dabei stehen, daß Beklagter im Monat April mit mir zu thun gehabt, doch ist sein deßfallsiger Widerspruch irrelevant, nachdem er zugestanden, im Monat Juli mir beigewohnt zu haben, welcher Monat ja auch in die kritische Zeit fällt; ich nehme daher dieses Geständniß als sachdienlich an, und bitte darauf hin um seine Verurtheilung."

Ja die ausdrükliche Acceptation des Geständnisses in der Replik ist nicht einmal nothwendig, und behält das Geständniß seinen Werth auch dann, wenn Klägerin mit der Replik ungehorsam gewesen und folglich damit contumazirt werden mußte (s. unten II. nr. 1). Der Grund liegt — wie gesagt — einzig und allein darin, weil unser Geständniß kein qualifizirtes, sondern ein einfaches ist, die Annahme desselben in der Replik keine mutatio, sondern eine emendatio libelli enthält. —

Wenn aber die Klägerin in ihrem Klaglibell keinen zutreffenden Tag des Beischlafs, also z. B. den 14ten März, angegeben, und der Beklagte erwiedert hätte:

„Ich habe nicht schon im Monat März, sondern erst im Juli der Klägerin beigewohnt, da aber Klägerin den Monat März angegeben, der gar nicht in die kritische Zeit hineinfällt, so kann sie nicht mehr davon abgehen, und muß also mit ihrer Klage abgewiesen werden", —

so wäre das ein qualifizirtes Geständniß [4]) mit angehängtem Protest gegen dessen Benützung in diesem Rechtsstreit und müßte die Klägerin abgewiesen werden. Ein qualifizirtes Geständniß liegt nämlich vor, wenn der Beklagte den Klage=

[4]) Genau betrachtet ist aber auch dieses Geständniß kein qualifizirtes. Lassen wir einmal, um es näher zu untersuchen, den angehängten Protest weg, und sagen wir, Klägerin hätte den 14. März und die folgenden 8 Tage als die Zeit des Beischlafes angegeben, der Beklagte aber die Vaterschaft widersprochen, weil er nicht im März, sondern erst Ende Juli mit der Klägerin zu thun gehabt habe. Der äußern Erscheinung, der Form und gewissen praktischen Folgen nach verdient dieses Geständniß zwar den Namen eines qualifizirten, nicht aber seiner inneren Natur und Wesenheit nach. Denn der gemachte Zusatz, die Abweichung von der klägerischen Geschichtserzählung, ist keine Bürde für den Kläger, ist keine Limitation, die er vom Geständniß trennen könnte, deren Gegentheil er dann beweisen, die er endlich in Kauf nehmen müßte, wenn er von der Beweislast befreit sein wollte; — nein! der gemachte Zusatz ist es gerade, der den klägerischen Anspruch erst zu einem klagbaren macht; er ist keine Einschränkung des Geständnisses, sondern das Geständniß selbst. Erst der Beklagte in der Exception hatte einen zutreffenden Tag des Beischlafs angegeben, nicht aber die Klägerin in der Klage. Diese hätte sich zur Abweisung a limine geeignet, weil nach dem kläger. Vorbringen keine Klage Platz greift. Eigentlich hatte Klägerin, ohne es zu ahnen, dem Beklagten eingeräumt, daß er nicht Vater sei; der Beklagte aber hatte dieses Geständniß, anstatt es anzunehmen (was aber nicht einmal nothwendig gewesen wäre), dadurch ausgeschlagen, daß er gleichfalls, ohne eine Ahnung davon zu haben, die Vaterschaft seinerseits eingestand, indem er dem unzutreffenden Tag des Beischlafs einen zutreffenden substituirte. Nimmt nun die Klägerin in der Replik dieses Geständniß an, so muß Beklagter sofort verurtheilt werden. Ebenso, wenn sie sich mit der Replik versäumt. Wenn sie dagegen auf den Klagsasserten beharrt, somit das Geständniß des Beklagten durch Rechtsirrthum verleitet, wieder ausschlägt, so muß sie mit ihrer Klage abgewiesen werden. Ebenso, wenn der Beklagte (wie in unserm Fall) gegen die Benützung des Geständnisses protestirt hatte. Ist daher auch unser Fall dem Wesen nach kein qualifizirtes Geständniß, so wird er doch ebenso behandelt, wie dieses. Setzen wir dagegen folgenden Fall: Die Klägerin gab die Mitte April als die Zeit des Umgangs an, und der Beklagte erwiederte: „Ich habe allerdings mit der Klägerin zu thun gehabt, aber nicht im April, sondern erst Ende August 1844, kann folglich nicht Vater des am 3. Februar 1845 geborenen Kindes sein. Das ist ein ächtes qualifizirtes Geständniß. Nur benimmt hier der Zusatz dem Geständniß alle Wirksamkeit, während er sonst und in der Regel dieselbe beschränkt, im vorigen Fall aber gerade umgekehrt dem Geständniß erst Effekt verleiht, weil erst hiedurch die Klage rechtlich und faktisch begründet wird! —

grund nur mit solchen Einschränkungen, Zusätzen oder Modifikationen einräumt, wodurch die Identität des bisherigen Rechtsstreites affizirt wird, deren Annahme also von Seite des Kläger eine mutatio libelli bewirkt. Unser Beklagter hat den Beischlaf zugegeben, aber nicht zu dem von der Klägerin angegebenen nicht zutreffenden Zeitpunkt, sondern zu einer andern zutreffenden Zeit. Er hat aber zugleich gegen die Benützung dieses Geständnisses von Seite der Klägerin protestirt, er hat Entbindung von der Klage verlangt. Und dieser Protest ist vollkommen wirksam, schließt den animus confitendi aus, und macht daher die Benützung des Geständnisses in der Replik unmöglich. Denn die Substituirung eines zutreffenden Tags des Beischlafs an die Stelle des in der Klage angeführten unzutreffenden Zeitpunkts ist eine mutatio libelli; sie hebt die Identität des bisherigen Rechtsstreits insoferne auf, als nach den in der Klage angeführten Thatsachen gar kein Klagerecht besteht, sondern erst nach den in der Replik gemachten Zusätzen, resp. Aenderungen; die Klägerin muß daher abgewiesen und zu einer andern im Sinn der Replikäußerungen verfaßten Klage verwiesen werden. Ganz dasselbe wäre der Fall, wenn die Klägerin den Monat März angegeben und der Beklagte gesagt hätte:

> „Ich habe zwar in der kritischen Zeit, nämlich im Monat April, mit der Klägerin zu thun gehabt, was in der Klage **nicht** behauptet wurde; ich habe ihr auch im Monat März beigewohnt, welcher Zeitpunkt in der Klage angegeben ist, — aber ich trage dessenungeachtet auf Abweisung der Klägerin an, da der Monat März aus der kritischen Zeit hinausfällt, nach den in der Klage angeführten Thatsachen also kein rechtlicher Anspruch auf meine Vaterschaft begründet ist."

Auch hier müßte die Klage abgewiesen werden. Ein **qualifizirtes** Geständniß liegt in diesem letzten Falle freilich **nicht** vor, sondern im Gegentheil ein unumwundenes und **unbedingtes** Eingeständniß der angeführten irrelevanten, und der nicht angeführten relevanten Klagsasserte. Dessenungeachtet kann aber die Klägerin von diesem unumwundenen Geständniß nicht profitiren, weil auch hier die Acceptation desselben eine

mutatio libelli wäre, gegen welche sich der Beklagte bereits verwahrt hatte, — weil die Klage eigentlich schon a limine hätte zurückgewiesen werden sollen, und der Beklagte in der Exception den betr. Antrag gestellt, d. h. die Entbindung von der Klage verlangt hatte. —

II.

Bisher war von den Erfodernissen des Geständnisses auf Seite des Confitenten, insbesondere vom animus confitendi die Rede. Es frägt sich jetzt: was wird auf Seite des Gegners zur Wirksamkeit des Geständnisses vorausgesetzt? —

Die ältere Doktrin verlangte die Acceptation des Geständnisses, die neuere Doktrin lehrt aber, dieselbe sei zur Wirksamkeit des Geständnisses nicht erfoderlich, und zwar auch dann nicht, wenn der Confitent mit der betreffenden Behauptung zuerst hervorgetreten, und die Annahme des Geständnisses von Seite des Gegners als eine Einrede erscheint.

v. Bayer S. 708. Osterloh I. S. 338.
Wetzell, System. 2te Aufl. 150. Note 8.

Hieran möchte ich einige Bemerkungen knüpfen:

1) Beim qualifizirten Geständniß muß wohl eine Ausnahme hievon gemacht werden. Hier ist nämlich die Acceptation des Geständnisses nothwendig, wenn es die volle Wirkung gegen den Confitenten äußern, d. h. den Gegner von der Beweislast gänzlich befreien soll, — weil die für die Annahme sprechende Vermuthung durch die mit dem Geständniß verbundene Modifikation ausgeschlossen wird.

Vgl. das Nähere in meiner VII. Abhandlung §. 3.

In den oben mitgetheilten Fällen schlägt nun freilich dieser Grund nicht an: die Modifikation betrifft die Zeit des Beischlafs, und ist von der Art, daß die für die Annahme des Geständnisses sprechende Vermuthung gerade durch die Modifikation noch bestärkt wird. Denn der Beklagte hat den Beischlaf zwar zu einer andern, als der in der Klage angegebenen Zeit eingeräumt, aber zu einem Zeitpunkt, der in die kritische Zeit hineinfällt; mag nun die Klägerin einen zutreffenden Tag des

Beischlafs in ihrem Klaglibell angegeben haben, oder nicht, mag der Beklagte die Vaterschaft eingeräumt, oder aus Rechtsirrthum widersprochen haben, immer streitet die Vermuthung für die Annahme des Geständnisses; — im ersten Fall, wenn die Klägerin einen zutreffenden Tag des Beischlafs angeführt, weil sie dann von der Beweislast befreit wird; im zweiten, umgekehrten Fall, weil sie dann sogar der Abweisung ihrer Klage entgeht, wenn anders der Beklagte gegen die Annahme des Geständnisses, das ja hier ein qualifizirtes ist, nicht protestirt, und auf diese Weise die Wirksamkeit desselben nicht paralysirt hatte. Die Vermuthung scheint also in beiden Fällen für die Annahme des Geständnisses zu streiten.

Da jedoch im zweiten Fall, wo die Klägerin keinen zutreffenden Tag des Beischlafs angegeben und der Beklagte einen solchen substituirt, somit ein qualifizirtes Geständniß abgelegt hatte, die Annahme desselben eine mutatio libelli bewirkt, die Klageänderung aber, wenn sie überhaupt zulässig ist, ein Handeln des Klägers voraussetzt und ausdrücklich geschehen muß, also nicht auf dem Wege der Schlußfolgerung angenommen werden darf, — so erscheint auch hier die Acceptation des Geständnisses in der Replik absolut nothwendig. Versäumt sich daher die Klägerin mit der Replik, so kann das beklagtische Geständniß keinen Einfluß auf das Urtheil äußern und muß der Beklagte ungeachtet desselben absolvirt werden, weil die Klage nach den eigenen Angaben der Klägerin keinen Rechtsgrund für sich hat, und also schon von der Gerichtsschwelle hätte abgewiesen werden sollen. — Im ersten Fall dagegen enthält die Annahme des Geständnisses nur eine Verbesserung, resp. Ergänzung der Klage, dasselbe ist gar kein qualifizirtes Geständniß, und braucht also auch nicht acceptirt zu werden, um benützt werden zu können. Hat einmal der Beklagte den Umgang zur kritischen Zeit zugegeben, so ist es vollkommen gleichgiltig, ob der letztere im Monat April, wie die Klägerin behauptet, oder im Monat Juli, wie der Beklagte angibt, stattgefunden hat. Versäumt sich daher die Klägerin mit der Replik, so kann ihr kein Beweis über den von ihr angegebenen Zeitpunkt des Beischlafs aufgelegt werden, sondern es ist der Be-

klagte zu verurtheilen, wenn er sich nicht durch peremtorische Einreden vertheidigt hatte.

2) Wenn dagegen beim einfachen Geständniß die Acceptation desselben durch den Gegner nicht erforderlich ist, sondern so zu sagen präsumirt wird, so wirkt doch diese Präsumtion nur so lange, bis das Gegentheil dargethan wird. Mit Recht lehrt v. Bayer S. 708:

„Wenn auch zugegeben werden muß, daß dem Gegner der Vortheil, den er aus dem Geständniß ziehen könnte, nicht aufgedrungen werden darf, und daß daher im Fall eines Verzichts von seiner Seite auch der Richter dem Geständnisse keine Folge geben darf, — so kann doch aus dem Umstande allein, daß der Gegner das Geständniß nicht ausdrücklich acceptirt, noch nicht ein Verzicht gefolgert werden, um so weniger, als alle Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Annahme streitet."

Der Confitent muß also beweisen, um die Unwirksamkeit des Geständnisses darzuthun, daß der Gegner den ihm durch das Geständniß gebotenen Vortheil von sich gewiesen, daß er dasselbe ausgeschlagen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, indem er das Gegentheil der eingestandenen Thatsache behauptet habe. Zur Wirksamkeit des Geständnisses wird daher nicht vorausgesetzt, daß es der Gegner acceptirt, wohl aber, daß er es nicht ausgeschlagen habe. In der unterlassenen Acceptation liegt noch kein Verzicht auf das dem Gegner aus dem Geständniß entspringende Recht, dieser Verzicht muß vielmehr in unzweideutiger Weise erklärt worden sein.

Wenn also im oben S. 181 angeführten Beispiel die Klägerin den Monat April als den Zeitpunkt des stattgefundenen Beischlafs angegeben, der Beklagte dagegen den Monat Juli als solchen bezeichnet hatte, und Klägerin in der Replik auf den Klagsasserten beharrt, indem sie behauptet, der Beischlaf habe, wie sie in der Klage gesagt, im April, und nicht, wie Gegner in der Exception bemerkte, im Juli stattgefunden, — so kann dem Beklagten sein Geständniß nicht im Geringsten präjudiziren, und kann sich Klägerin später nicht mehr darauf berufen, um von der Beweislast befreit zu werden, oder den Folgen des mißlungenen Beweises zu entgehen und die Verurtheilung des Gegners

zu erwirken. Sogar dann kann sie sich nicht nachträglich auf das Geständniß berufen, wenn sie nachweisen würde, sie sei auf der in der Klage gemachten Zeitangabe nur in dem Glauben bestanden, daß der Monat Juli nicht mehr in die kritische Zeit hineinfalle, — weil eben dieser ihr Irrthum kein faktischer, sondern ein error juris ist, welcher bekanntlich dem Irrenden schadet. —

3) Wenn nun aber zur Wirksamkeit des Geständnisses die Annahme des Gegners nicht nothwendig ist, dann kann auch der Confitent das Geständniß nur so lange zurücknehmen, als es dem Gegner noch nicht auf amtlichem Weg zur Kenntniß gebracht, d. h. nur so lange, als es ihm mit dem betreffenden Schriftsatz noch nicht mitgetheilt worden. Denn sowie letzteres geschehen, ist das Geständniß integrirender Bestandtheil der Akten geworden, und hat der Gegner auf die Benützung desselben ein Recht erlangt, welches ihm durch die Revokation des Confitenten nicht mehr entzogen werden kann, da die Benützung des Geständnisses durch die Acceptation nicht bedingt ist.

Anderer Meinung sind indessen Schmid und Seuffert. Letzterer lehrt im

Handbuch des deutschen Civilprozesses und Commentar zur Bayer. G. O. 2te Aufl. S. 280:

„Solange übrigens die für die betreffende Prozeßhandlung vorgesteckte peremtorische Frist noch nicht abgelaufen ist, und der Gegner noch nicht geantwortet hat, kann jedes Geständniß ohne Bedenken wieder zurückgenommen werden. Nachher findet die Zurücknahme nur mittelst eines Restitutionsgesuches statt."

Das hier Gesagte halte ich in zweifacher Hinsicht für unrichtig. Einmal ist

a) Der Ablauf der peremtorischen Frist für die Zulässigkeit der Revokation des Geständnisses wohl ohne Einfluß; denn es handelt sich ja hier nicht um Ergänzung der Exception, nicht um Nachbringung von Einreden, sondern um Streichung einer Antwort oder selbstständigen Behauptung, welche dem Beklagten nachtheilig ist. Auch

nach verstrichener Frist kann daher das Geständniß noch revozirt werden.

Auf der andern Seite findet aber:

b) Die Zurücknahme des Geständnisses nach dem früher Gesagten nicht bis zur Abgabe der Antwort statt, diese kann also für die Revokabilität des Geständnisses ebensowenig entscheidend sein, als der Ablauf der Frist. Sowie der Gegner das Geständniß auf amtlichem Weg in Erfahrung gebracht, sowie er also die betreffende Streitschrift mitgetheilt erhalten, hat er auch ein jus quaesitum auf die Benützung des Geständnisses erlangt, und kann also dasselbe vom Confitenten nicht mehr revozirt werden. —

Consequenter als Seuffert ist Schmid in seinem

Handbuch Th. II. S. 221 und
Renaud im Lehrbuch S. 247.

Nach Schmid ist das Geständniß die erklärte Uebereinstimmung der Parteien über das dem Prozeß zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, oder die dem letzteren zu Grunde liegenden Thatsachen (S. 215). Das Geständniß wird demnach erst in dem Moment unwiderruflich, wo die Uebereinstimmung beider Parteien über den betr. Punkt vollendet ist (S. 221). Schmid unterscheidet demnach — bezüglich der Nothwendigkeit der Acceptation — zwischen jenem Geständniß, welches in der Einräumung der vom Gegner aufgestellten Behauptungen besteht, — und jenem Geständniß, welches eine selbstständige Aufstellung von Thatsachen enthält. Im zweiten Fall soll die Acceptation nothwendig sein, nicht aber im ersten Fall (S. 221 und 222). Ihm folgten

Langenbeck Beweisführ. S. 118, und
Renaud a. a. O.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß diese Ansicht eine große Berechtigung hat. v. Bayer sagt selbst S. 707 u. 708:

„Wenn eine Partei aus eigenem Antriebe vor Gericht etwas äußert, was die Einräumung eines ihr nachtheiligen Umstandes

enthält, so könnte die Ansicht geltend gemacht werden[5]), daß es erst auf den Gegner ankomme, ob er von der ihm dargebotenen Waffe Gebrauch machen wolle oder nicht, und daß, wenn er nicht wolle, auch der Richter auf das Geständniß keinen Werth legen dürfe."

Für diese Ansicht spricht denn auch die Erwägung, daß es sich mit dem Verhandlungsprinzip und mit den Grenzen des richterlichen Ergänzungsamts nicht wohl vereinigen läßt, die Abweisung der Klage von der Gerichtsschwelle auf den Grund zerstörlicher Einreden zu verfügen, welche der Beklagte noch nicht geltend zu machen Gelegenheit hatte, wenn solche auch aus dem Klagevortrag noch so deutlich hervorzugehen scheinen. Denn der Richter ist ja nicht befugt, dem Urtheil des Beklagten vorzugreifen und auf diese Weise dem Kläger zu präjudiziren, ja sogar dem Beklagten selbst, indem er ihm eine Wohlthat zu erzeigen glaubt, einen Vortheil zu entziehen, den jener bei ordentlicher Einleitung des Verfahrens hätte geltend machen können. Es kann nämlich dem Beklagten sehr viel daran liegen, eine Widerklage in seinem eigenen Gerichtsstand geltend zu machen, und ihm also ganz und gar nicht gleichgiltig sein, diese Gelegenheit sich abgeschnitten zu sehen, vielleicht für den geringen Preis einer leichten Vertheidigung.

S. Mittermaier im Archiv Bd. 5. S. 355.

Puchta, Dienst der deutschen Justizämter. Th. II. S. 114.

Kann nun aber die Klage wegen einer drohenden Einrede nicht von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen werden, so kann sie ebensowenig und noch weniger dann zurückgewiesen werden, wenn der Beklagte geantwortet, aber die Einrede nicht vorgebracht hatte, weil ja hier ein stillschweigender Verzicht auf die Einrede angenommen werden muß.

Diese Schlußfolgerung ist freilich richtig, allein die Prämissen sind falsch! —

War Kläger so ungeschickt, das historische Substrat einer peremtorischen Einrede sammt allen dazu gehörigen Umständen in der Klageschrift einzuräumen, ohne eine Replik dagegen zu

---

[5]) Diese Ansicht wurde auch wirklich geltend gemacht von Schmid a. a. O., und in neuerer Zeit von Langenbeck und Renaud.

anticipiren, so steht ja der Klage gar kein Rechtsgrund zur Seite; eine Foderung, die nach den eigenen Angaben des Klägers bereits verjährt, nachgelassen, oder bezahlt ist, hat ebensowenig einen Rechtsgrund für sich, und ist also ebensowenig klagbar, als eine Spielschuld, oder eine Injurienklage auf Grund einer Aeußerung, die offenbar keine Injurie ist[6]). —

Es ist somit nachgewiesen, daß die Acceptation des Geständnisses bei keiner Art desselben, — mit alleiniger Ausnahme der confessio qualificata — nothwendig ist, und daß also auch Schmids Ansicht über die Revokabilität des Geständnisses eine irrige ist, weil sie nämlich auf einer unrichtigen Auffassung und Definition des Geständnisses beruht, als deren consequente Folgerung sie erscheint. Für die hier angenommene Meinung spricht sich auch Wetzell aus im System S. 150 unter Berufung auf Bethmann-Hollweg.

[6]) Mit Recht lehrt v. Bayer S. 708:

„Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Behauptungen welche eine Partei in einem Streitvortrag aufgestellt, keineswegs bloß der Beantwortung und Beurtheilung des Gegners allein, sondern auch der Kritik des Richters insoferne unterworfen sind, als dieser einen Vortrag wenigstens dann von Amtswegen zurückweisen darf, wenn sich die gänzliche Unstatthaftigkeit des gestellten Gesuchs aus den eigenen Angaben des Gesuchstellers unzweideutig ergibt."

Freilich hat auch diejenige Klage keinen Rechtsgrund für sich, welche — nach Inhalt der Vorakten — bereits rechtskräftig entschieden oder gerichtlich verglichen ist Allein hier darf keine Abweisung a limine eintreten, weil der fragliche Mangel nicht aus der Klageschrift, also nicht aus den Akten dieses Prozesses hervorgeht, in keinem Fall aber vom Kläger selbst eingeräumt wurde. Es kann daher auch keine Verpflichtung zur Antizipation der allenfallsigen Repliken für ihn bestehen, die Klagsabweisung wäre somit gegen das Verhandlungsprinzip, sie wäre eine Verletzung des Satzes „quod non in actis non in mundo." Muß aber in diesem Fall die Klage ad exc. hinausgeschlossen werden, so kann eine Verwerfung derselben erst dann gerechtfertigt werden, wenn Beklagter die exc. rei jud. oder litis transactae in der Vernehmlassung wirklich vorgebracht und sich auf die Notorietät derselben in gehöriger Weise berufen hatte. Gerichtskundige Thatsachen bedürfen zwar keines Beweises, allein das Notorium muß doch allegirt werden. Es geht nicht an, den histor. Grund der Klage oder Einrede ex officio aus den Akten eines früheren Prozesses zu ergänzen, auf welche der Kläger nicht bestimmt Bezug genommen hat. In diesem Sinn erkannte das OAG. zu Darmstadt. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 12. S. 418. Bd. 9. nr. 222.

IX. Abhandlung.

Gegen die herrschende Lehre vom Haupt- und Gegenbeweis.

§. 1.

Ueber die Begriffsbestimmung von Haupt- und Gegenbeweis.

(Siehe meine Abhandlung in der Gießener Zeitschrift Bd 19. 1862).

Die ältere Doktrin und mit ihr die Praxis formulirt die Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis in einem ganz andern Sinn, als die jüngere Doktrin. Sie versteht nämlich unter dem Hauptbeweis denjenigen Beweis, mit welchem eine Partei, wenn sie nicht sachfällig werden soll, zuerst hervortreten muß; unter Gegenbeweis denjenigen Beweis, welchen der Gegner des Hauptbeweisführers in derselben Sache herzustellen sucht. Sie unterscheidet demnach 2 Arten des Gegenbeweises, den direkten und den indirekten; der erstere greift den Hauptbeweis als solchen an, der letztere sucht das Recht des Beweisführers als unwirksam oder aufgehoben darzustellen, und ist der Beweis der Einrede gegen die widersprochene Klage, der Beweis der Replik gegen die widersprochene Einrede.

Gensler Commentar I. S. 439.
v. Bayer 7. Aufl. S. 439. 8. Aufl. S. 761.

Die ältere Doktrin faßt also die Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis rein vom formalen oder prozeßualischen Standpunkt auf, und es erscheint ihr demnach der Einredebeweis bald als Haupt-, bald als Gegenbeweis, je nachdem die Klage zugestanden, oder widersprochen wurde. Gerade hierin liegt aber die Kehrseite der ganzen Auffassung; der Einredebeweis ist nämlich auch bei widersprochener Klage seiner Natur nach ein wahrer Hauptbeweis, weil er den Klagbeweis als solchen gar nicht angreift, sondern auf sich beruhen läßt, und daher diesem gegenüber kein Gegenbeweis genannt werden kann.

v. Bayer 8. Aufl. S. 763 a. E.

Er ist aber auch seinen Eigenschaften und Wirkungen nach, also in prozeßualer Beziehung, ein Hauptbeweis, weil er:

a) Wie der Klagsbeweis im Interlokut ausgesetzt und seinem Thema nach bestimmt wird, daher auch:

b) Innerhalb der Beweisfrist mit dem Klagsbeweis angetreten werden muß. Ferner:

c) Durch Eidesdelation geführt, und:

d) Durch Reprobation paralysirt werden kann.

v. Bayer 7. Aufl. S. 740 u. 741.

Die neuere Doktrin hat daher den Einredebeweis vom Gebiet des Gegenbeweises gänzlich losgerissen und denselben als eine Art des Hauptbeweises dem Klagsbeweis an die Seite gestellt.

v. Bayer 8. Aufl. S. 762.

Die Folge davon war die, daß sie den Haupt- und Gegenbeweis nicht im formalen oder prozeßualen, sondern im materiellen oder metaphysischen Sinn definirte. Hauptbeweis nach der neuern Doktrin ist jeder Beweis für die Wahrheit des thatsächlichen Grundes eines selbstständigen prozeßualischen Angriffs oder Gegenangriffs. Gegenbeweis aber derjenige Beweis, wodurch das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Hauptbeweises verhindert werden soll. Es gibt daher nur eine Art des Gegenbeweises, aber 2 Arten des Hauptbeweises, den absolut nothwendigen und den eventuell nothwendigen. Letzterer ist der Einredebeweis bei widersprochener Klage (der s. g. indirekte Gegenbeweis der ältern Doktrin).

v. Bayer 8. Aufl. S. 762 Abs. 3 u. S. 764 Abs. 3.

Gegen diese Auffassung möchte ich nun Folgendes erinnern:

1) Auch nach der Begriffsbestimmung der neuern Doktrin gibt es meines Erachtens 2 Arten des Gegenbeweises, nämlich einen nur eventuell nothwendigen und einen absolut nothwendigen Gegenbeweis. Der erstere bildet die Regel; der letztere kömmt aber dann vor, wenn für den betreffenden Angriff oder Gegenangriff eine Rechtsvermuthung streitet, deren Prämissen bereits im Schriftenwechsel vorgebracht und

vom Gegner eingestanden wurden, oder notorisch sind. Nach der communis opinio, der auch die neuere Doktrin beigetreten,

v. Bayer 8. Aufl. S. 690 u. 796 a. E.
Fitting
Ueber den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis
S. 82,

ist nämlich die in ihren Prämissen zugestandene Rechtsvermuthung ein Befreiungsgrund vom Beweis, wie die Notorietät und das gerichtliche Geständniß, es muß daher dem Gegner des Rechtsvermuthers der Beweis des Nichtwahrs der Klage oder Einrede aufgelegt werden, wenn er dieselbe ungeachtet der hiefür sprechenden Rechtsvermuthung widersprochen hatte. Und dieser Gegenbeweis ist absolut nothwendig, denn er wird im Interlokut ausgesetzt, der Reprobant muß daher zuerst damit hervortreten, wenn er nicht sachfällig werden will. —

2) Vom Standpunkt der herrschenden Ansicht aus, wonach Rechtsvermuthungen von der Beweislast befreien, scheint es mir nun, daß die neuere Doktrin mit ihrer objektiven Begriffsbestimmung von Haupt- und Gegenbeweis fast in denselben Fehler bezüglich des im Interlokut ausgesetzten Beweises über das Nichtwahr der durch eine Rechtsvermuthung bekräftigten Klage oder Einrede verfalle, wie die ältere Doktrin bezüglich des nur eventuell nothwendigen Einredebeweises. So wenig der letztere ein Gegenbeweis genannt werden darf, ebensowenig darf es der erstere[1]). v. Bayer sagt S. 763 a. E.: „Der Einredebeweis berührt den Klagsbeweis als solchen gar nicht, und kann folglich, diesem gegenüber, nicht Gegenbeweis genannt werden." Und fast ebenso muß man vom Beweis des Nichtwahrs der durch eine Rechtsvermuthung bekräftigten Klage sagen, daß er den Beweis der Klage nicht berühre, und

[1]) Indessen besteht doch zwischen dem Einredebeweis und unserem Entkräftungsbeweis der Unterschied, daß der letztere doch immer wider den gegnerischen Angriff, der erstere dagegen wider das klägerische Recht gerichtet ist! —

daher diesem gegenüber nicht Gegenbeweis genannt werden könne. Denn der Gegenbeweis setzt schon der Wortbedeutung nach einen Hauptbeweis voraus.

Gönner Handbuch II. S. 337.

Auch definirt die neuere Doktrin den Gegenbeweis als denjenigen Beweis, wodurch „das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Hauptbeweises verhindert werden soll.“

vgl. v. Bayer S. 764.

a) Wo ist nun aber hier der Hauptbeweis? — Die Berufung auf die Rechtsvermuthung ist ja kein Beweis, und also auch kein Hauptbeweis, denn die Rechtsvermuthung macht ja vom Beweise frei, wenn ihre Prämissen außer Zweifel sind.

v. Bayer S. 717, 690 u. 769.

Ist nun aber kein Hauptbeweis da, gegen den unser Entkräftungsbeweis gerichtet ist, so muß er selbst Hauptbeweis sein.[2])

b) Noch mehr verdient er aber seinen Eigenschaften und Wirkungen nach, also im prozeßualen Sinn, den Namen eines Hauptbeweises, und zwar in noch höherem Grad, als der Einredebeweis. Denn dieser hat mit dem eigentlichen Gegenbeweis doch die 2 Wirkungen gemeinschaftlich, daß er nur eventuell nothwendig ist, und daß es hier wie dort darauf abgesehen ist, sich von den gegnerischen Ansprüchen zu befreien. Unser Entkräftungsbeweis hat aber mit dem Gegenbeweis nur die letztere Wirkung, sonst keine andere gemeinsam; denn der Entkräftungsbeweis wird:

a) Im Interlokut nicht vorbehalten, sondern aufgelegt, und ein eigenes Thema hiefür ausgesetzt.

v. Bayer 8. Aufl. S. 769.

Er wird also nicht

b) Innerhalb der Reprobatorial-, sondern innerhalb der Beweis-frist angetreten. Er kann

---

[2]) Fitting hält freilich diesen ersten Grund nicht für genügend, weil es ja einen antizipirten Gegenbeweis gibt. Allein dem antizipirten Gegenbeweis muß ja, wenn er in Rechnung kommen soll, der Hauptbeweis nachfolgen! —

c) Wie der Hauptbeweis durch Eidesdelation geführt werden, was beim gewöhnlichen Gegenbeweis bekanntlich nicht der Fall ist.

v. Bayer S. 771.

Endlich läßt er:

d) Einen Gegenbeweis zu,

v. Bayer S. 771,

was wieder nicht der Fall sein könnte, wenn er selbst ein Gegenbeweis wäre.

Allerdings hat er mit dem Gegenbeweis die Eigenschaft gemeinschaftlich, daß es zuletzt bei diesem wie bei jenem darauf abgesehen ist, sich von den Ansprüchen des Gegners zu befreien. Allein gerade diese Wirkung ist keine charakteristische Wirkung des Gegenbeweises, da sie auch dem Hauptbeweis zukömmt, wenn er der Beweis der Einrede bei zugestandener Klage ist! —

Der Entkräftungsbeweis gegen die durch eine Rechtsvermuthung liquide Klage hat daher alle charakteristischen Eigenschaften und Wirkungen des Hauptbeweises, er ist folglich im prozeßualischen Sinn ein wahrer Hauptbeweis, und hat mit dem Gegenbeweis nur das einzige Merkmal gemein, daß er auf das Nichtwahr des gegnerischen Angriffs, also auf das Nichtwahr einer Behauptung gerichtet ist, worüber die Beweislast in abstracto den Gegner trifft, der aber in concreto wegen der Rechtsvermuthung davon befreit ist. Da aber hiedurch nicht der Beweis des gegnerischen Angriffs angefochten wird, sondern nur der Angriff selbst, weil eben der Gegner keinen Beweis desselben geführt hat und zu führen brauchte, so kann man auch nicht von einem Gegenbeweis sprechen, und zwar ebensowenig, als beim Einredebeweis, der auch nicht gegen den Beweis der Klage gerichtet ist.

v. Bayer selbst lehrt ja S. 766:

„Der Zweck der Gegenbeweisführung besteht darin, den Erfolg der Beweisführung, oder die Wirkung des schon vorhandenen Beweises zu vereiteln."

Im vorliegenden Falle ist aber im Sinne Bayers weder von einer „Beweisführung", noch von einem „schon vorhandenen Beweis des Angriffs" die Rede, die in ihren Prämissen zuge-

standne Rechtsvermuthung ist ja ein Befreiungsgrund vom Beweis.[3])

v. Bayer S. 691 u. 717.

Setzen wir ferner, der Rechtsvermuther führt wider den Entkräftungsbeweis den Gegenbeweis, also der Beklagte im mehrerwähnten Beispiel den Beweis der Zahlung, nachdem Kläger den ihm aufgelegten Beweis der Nichtzahlung geliefert.

Was für ein Beweis ist das? — Im Sinn der neuern Doktrin offenbar ein Hauptbeweis. Das sagt auch

Fitting l. c. S. 67.

Aber ein Hauptbeweis, der:

a) Im Beweisinterlokut bloß vorbehalten, nicht ausgesetzt wurde, der also

b) Nur eventuell nothwendig ist, nämlich nur dann, wenn dem Kläger der Beweis der Nichtzahlung gelingt; der weder

c) Durch Eidesdelation geführt, noch

d) Durch Gegenbeweis angefochten werden kann.

Ein Hauptbeweis endlich, welcher

e) Wider einen andern Beweis geführt wird; —

kurz ein Hauptbeweis, der alle prozeßualen Eigenschaften und Wirkungen des Gegenbeweises hat. —

Diese Erwägungen dürften, denke ich, hinreichend sein, um zu dem Schluß zu kommen, daß die Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis nicht im metaphysischen, sondern im prozeßualischem Sinn zu formuliren seien, daß wenigstens die prozeßuale Begriffsbestimmung beizubehalten, und an die Spitze zu stellen, die objektive oder materielle Begriffsbestimmung ihr unterzuordnen sei.

Wenn es nach den vorstehenden Ausführungen unzweifelhaft feststeht, daß der Beweis der Unwahrheit eines Angriffs oder Gegenangriffs, für den eine Rechtsvermuthung streitet, den

[3]) Nur dann, wenn sie wirklich ein „Befreiungsgrund vom Beweis" ist (was ich übrigens in der Abhdl. X. bestreite), läßt es sich rechtfertigen, daß dem Gegner der Beweis aufgelegt wird. (S. oben S. 201. nr. 3.) Denn wer nicht schuldig ist, zu beweisen, dem kann auch keine Frist zur Ergänzung seines Beweises gegeben werden, weil er eben noch gar nicht bewiesen hat, und auch gar nicht zu beweisen braucht. —

sämmtlichen prozeßualen Eigenschaftungen und Wirkungen nach kein Gegenbeweis, sondern ein Hauptbeweis ist, so können wir ihn doch unmöglich einen Gegenbeweis nennen, bloß aus dem Grund, weil er wider die Klage oder Einrede gerichtet ist. Sagen wir aber, er sei ein Hauptbeweis, wenigstens im prozeßualischen Sinn, so müssen wir die Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis nach dem Vorgang der ältern Doktrin formuliren. Da nun aber die Begriffsbestimmung der letztern:

„Hauptbeweis ist derjenige Beweis, mit dem eine Partei „bei Vermeidung der Sachfälligkeit zuerst hervortreten muß"

auch nicht genügt, indem dann der Einredebeweis bei widersprochener Klage als Gegenbeweis erscheint, während er doch seiner Natur und prozeßualen Wirkungen nach ein Hauptbeweis genannt werden muß (Bayer S. 76), — so möchte ich unmaßgeblich folgende Definition in Vorschlag bringen, welche gleichfalls prozeßualer Art ist und die Nachtheile der ältern und neuern Doktrin beseitigt, ihre beiderseitigen Vorzüge vereinigt.

Ich würde definiren:

„Hauptbeweis ist derjenige Beweis, welcher der beweisführenden Partei im rechtskräftigen Beweisinterlokut auferlegt wurde und der also innerhalb der Beweisfrist angetreten werden muß. In der Regel ist das der Beweis über die Wahrheit eines Angriffs oder Gegenangriffs, kann aber bisweilen auch der Beweis über die Unwahrheit eines solchen sein. Gegenbeweis ist dann jener Beweis, welcher im Interlokut bloß vorbehalten wurde, der also innerhalb der Reprobatorialfrist angetreten werden muß. Es ist in der Regel der Beweis der Unwahrheit der Klage oder Einrede, kann aber bisweilen auch der Beweis der Wahrheit derselben sein." [4]) —

---

[4]) Wenn ich nicht irre, so führt die Definition, welche Osterloh im Lehrbuch I. S. 346 aufgestellt, zum nämlichen Resultat. Osterloh sagt nämlich:

„Die Beweisführung ist Hauptbeweisführung, wenn sie von einer Partei zu dem Zweck unternommen werden muß, um den Richter von der Wahrheit einer vom Beweisführer aufgestellten thatsächlichen Behauptung zu überzeugen."

Diese Definition hat vor der ältern den Vorzug, daß der Einredebeweis, den die Neuern mit Recht vom Gebiet des Gegenbeweises losgerissen haben,

v. Gönner Handbuch Abhdl. 41 u. 42,

v. Linde Abhdl. I. S. 49 flg.,

Fitting (über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis) §. 13 u. 14,

v. Bayer 8. Aufl. S. 762,

unter den Begriff des Hauptbeweises fällt, und zwar geradesogut, als wenn wir letztern im objektiven Sinn definiren. Sie hat aber auch vor der neuern Doktrin den Vorzug, weil der Beweis der Unwahrheit eines Angriffs oder Gegenangriffs, für welchen eine Rechtsvermuthung streitet, als das erscheint, was er seiner Natur und seinen Eigenschaften nach wirklich ist, nämlich als Hauptbeweis. —

Definiren wir nun den Haupt- und Gegenbeweis im prozeßualen Sinn, so hat dieß den weitern Vortheil, daß die dogmatische Darstellung der Grundsätze über den Gegenbeweis nicht nur vereinfacht, sondern auch prinzipiell richtiger bestimmt wird. Denn die sämmtlichen den Gegenbeweis charakterisirenden Grundsätze gelten dann ausnahmslos; — während die neuere Doktrin mit ihrer Begriffsbestimmung im objektiven Sinn bei allen über den Gegenbeweis aufgestellten Prinzipien eine Ausnahme zu Gunsten derjenigen Reprobation machen muß, welche auf das Nichtwahr der durch eine Rechtsvermuthung bekräftigten Klage oder Einrede geht. Sie muß nämlich hier:

Die Verbindlichkeit, eine solche Behauptung zu erweisen, kann nur durch das rechtskräftige Beweisinterlokut bestimmt werden; Hauptbeweis ist demnach der im Beweisurtheil auferlegte Beweis, jedoch nicht immer, wie Osterloh sagt, der Beweis einer vom Probanten aufgestellten Behauptung, sondern unter Umständen auch der Beweis einer erst vom Gegner aufgestellten und widersprochenen Behauptung, wenn nämlich die Beweislast hierüber den Probanten trifft, oder das rechtskräftige Interlokut ihm den Beweis hierüber auflegt. —

a) Von einer primitiven Nothwendigkeit des Gegenbeweises und also von einer Verpflichtung zur Gegenbeweisführung sprechen.

v. Bayer S. 767.

Sie muß ferner:

b) Eine Ausnahme von dem Satz statuiren, daß der Gegenbeweis im Interlokut bloß vorbehalten und daß kein eigenes Thema hiefür aufgestellt zu werden braucht.

v. Bayer S. 769.

Ebenso:

c) Eine Ausnahme von dem Satz, daß die Reprobatorialfrist nicht im Interlokut, sondern erst im Dekret auf die Beweisantretung vorgesteckt wird. Ebenso:

d) Eine Ausnahme von dem Satz, daß der Gegenbeweis nicht durch Eidesdelation geführt werden kann. Und endlich:

e) Auch eine Ausnahme von dem Satz: »reprobatio reprobationis non datur.«

v. Bayer S. 772.

Kurz sie muß von allen über den Gegenbeweis geltenden Grundsätzen Ausnahmen aufstellen, wenn der Beweis der Unwahrheit der Klage oder Einrede wegen der für ihre Wahrheit sprechenden R. V. im Interlokut ausgesetzt ist, weil dieser nur im materiellen Sinn ein Gegenbeweis, im prozeßualen Sinn aber ein wahrer Hauptbeweis ist. Daß hierunter die theoretische Behandlung der Lehre vom Gegenbeweis leiden muß, daß sie jedenfalls erschwert wird, liegt auf der Hand. Ich getraue mir, zu behaupten, die neuere Doktrin begehe einen noch größeren Fehler, wenn sie den Entkräftungsbeweis bei der Rechtsvermuthung einen Gegenbeweis nennt, als die ältere Doktrin, wenn sie den Einredebeweis bei widersprochener Klage zum Gegenbeweis stellt; denn letzt'rer hat doch die Eigenschaft mit dem Gegenbeweis gemeinschaftlich, daß er nur eventuell nothwendig ist, und daß es hier wie dort darauf abgesehen ist, sich vom gegnerischen Angriff zu befreien, — unser Entkräftungsbeweis hat aber bloß die letztere Wirkung mit dem Gegenbeweis gemeinschaftlich, nicht auch die erstere Wirkung, worin gerade der Hauptcharakter des Gegenbeweises besteht.

3) Ich bin bisher von der herrschenden Ansicht ausgegangen, wonach Rechtsvermuthungen, deren Prämissen im Vorverfahren zugestanden wurden, von der Beweisauflage befreien. Ich selbst pflichte dieser Ansicht nicht bei, und habe dieselbe in der folgenden

Abhandlung X.

angegriffen. Ist nun aber die communis opinio falsch und wird also — nach meinem Vorschlag — dem Rechtsvermuther der Beweis aufgelegt, weil Rechtsvermuthungen keine Befreiungsgründe vom Beweis, sondern Beweismittel wie die Zeugen und Urkunden sind, — dann kann man freilich bei der objektiven Begriffsbestimmung von Haupt- und Gegenbeweis, wie sie die neuere Doktrin angenommen hat, stehen bleiben, ohne in eine jener Inconvenienzen zu verfallen, von denen oben die Rede war[5]); denn dann ist zwischen der Definition im formellen und materiellen Sinn in der Anwendung auf unsern Fall kein Unterschied; — der im Beweisinterlokut ausgesetzte Beweis ist jedesmal der Beweis über die Wahrheit eines Angriffs oder Gegenangriffs; der daselbst vorbehaltene Beweis jedesmal der Beweis über das Nichtwahr eines solchen.

Wenn aber der Richter dem Gegner des Rechtsvermuthers den Beweis auflegt, oder wenn er sonst die Beweislast unrichtig vertheilt, indem er z. B. dem Vindikanten den Beweis der bona fides bei Erwerbung der Sache, oder dem Negatorienkläger den Beweis der Freiheit des Eigenthums, oder dem Darlehenskläger den Beweis der Nichtzahlung rechtskräftig auflegt, — dann möchte ich wieder meiner Definition: „Hauptbeweis ist der im Interlokut ausgesetzte, Gegenbeweis der da-

---

[5]) Dann ist der Entkräftungsbeweis wider die Rechtsvermuthung in der That ein Gegenbeweis; denn

α) Er wird im Interlokut nicht aufgelegt, sondern vorbehalten,

β) Er kann weder durch Eidesdelation geführt, noch

γ) Durch Gegenbeweis entkräftet werden, weil der Gegner durch die Rechtsvermuthung (vielleicht auch durch andere Beweismittel) bewiesen hat, endlich

δ) Ein Hauptbeweis da ist, gegen den der Entkräftungsbeweis gerichtet ist. —

selbst vorbehaltene Beweis" den Vorzug geben. Denn wenn wir die Begriffsbestimmung der neuern Doktrin anwenden: „Hauptbeweis ist der Beweis über die Wahrheit eines selbständigen Angriffs oder Gegenangriffs", und also den Begriff des Hauptbeweises nicht nach dem Interlokut formuliren, wie es wirklich ausgefallen, sondern nach dem Interlokut, wie es hätte ausfallen sollen, m. a. W., wenn wir von der prozeßualen Begriffsbestimmung abstrahiren, so müssen wir den Beweis der bona fides, der Nichtzahlung ꝛc., einen Gegenbeweis nennen, weil er auf die Unwahrheit einer peremtorischen Einrede und also eines Gegenangriffs gerichtet ist, obgleich er im conkreten Fall ein Hauptbeweis ist, weil er im Interlokut ausgesetzt ist, die Eidesdelation und Reprobation zuläßt und innerhalb der Beweisfrist angetreten werden muß. —

§. 2.

Ueber den Grund des Satzes »reprobatio reprobationis non datur.«

Nach der herrschenden Ansicht ist dieser Satz nur eine Folge des allgemeinen prozeßualischen Grundsatzes, daß der Beweisführer nach dem Ablauf der peremtorischen Beweisfrist keine neuen Beweismittel über denselben Satz mehr nachtragen darf, über welchen er den Beweis bereits angetreten hatte.

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 771.

Daher ist auch diese Regel nur dann anwendbar, wenn diese Voraussetzung wirklich zutrifft, also namentlich in dem Fall, wenn der Gegenbeweis unmittelbar auf das Nichtwahr des Beweissatzes gerichtet war, und nun der Beweisführer hiegegen wieder das Contrarium zu beweisen versuchen wollte, weil in diesem Fall die Antireprobation nach dem Satz »duplex negatio est confirmatio« wieder denselben Satz zum Thema erhalten würde, über welchen der Beweisführer alle seine Beweismittel schon vor dem Ablauf der peremtorischen Frist hätte vorbringen sollen. Wo aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, da gilt auch jene Regel nicht. Sie ist also insbesondere unanwendbar:

1) Beim Entkräftungsbeweis wider eine Rechtsvermuthung, deren Prämissen schon im Schriftenwechsel vorgebracht und zugestanden wurden. Hier ist eine Antireprobation gestattet [6]). Ferner:

2) Wenn gar keine oder keine peremtorische Beweisfrist vorgeschrieben wurde, oder wenn:

3) Der Gegenbeweis auf künstliche Art angetreten wurde, oder endlich:

4) Auf die Anfechtung der gegnerischen Beweismittel abzielt.

vgl v. Linde Abhandl. I. S. 71 u. 72.
Schmid Handbuch II. S. 141 flgd.
Fitting a. a. O. S. 67.
Osterloh Lehrbuch I. S. 353.
Renaud Lehrbuch S. 239.
v. Bayer 8. Aufl. S. 771—73.

ad 1. Der 1te Ausnahmsfall hat zwar, wenigstens auf dem Standpunkt der communis opinio, seine Richtigkeit, allein er ist kein wahrer Ausnahmsfall; denn dem Rechtsvermuther wurde ja hier gar kein Beweis aufgelegt, sondern seinem Gegner der Gegenbeweis, dieser erscheint daher prozeßualisch als ein wahrer Hauptbeweis, und läßt folglich einen Gegenbeweis zu.

S. hierüber den §. 1.

Unser 1ter Ausnahmsfall darf daher nicht, wie Bayer will (S. 772 Abs. 3 a. E.), mit dem zweiten verschmolzen werden, wo der Richter zwar auch keine Beweisfrist vorgezeichnet, aber doch dem angreifenden Theil Beweis aufgelegt hatte.

---

[6]) Gegen die communis opinio bezüglich des Beweisinterlokuts bei wirksamen Rechtsvermuthungen, — und folglich gegen die Annahme des 1ten Ausnahmsfalls habe ich mich in der folgenden X. Abhandlung A. §§. 1—6 erklärt. Derselbe ist die Consequenz des Satzes der communis opinio, daß Rechtsvermuthungen von der Beweisauflage befreien. Hält man nun aber diesen Satz für unrichtig, und legt nach meinen Vorschlag dem Rechtsvermuther ungeachtet der praes. juris den Beweis auf, resp. gibt ihm eine Frist zur Einbringung seiner anderweitigen Beweismittel, so kann natürlich von einer Antireprobation wider den Gegenbeweis keine Rede sein. S. Abhandl. X. §. 2.

ad 2. Die communis opinio argumentirt, was die Regel und 2te Ausnahme betrifft, wie folgt: Wenn es nicht erlaubt ist, die wegen verstrichener Beweisfrist präkludirten Beweismittel nachzuholen, so kann es auch nicht gestattet sein, dieselben als reprobatio reprobationis zu gebrauchen. Wo aber die Beweismittel für eine bestimmte Thatsache nicht präkludirt sind und mithin in der reprobatio reprobationis kein Nachbringen präkludirter Beweismittel liegt, steht der Zulassung der Antireprobation nichts im Wege.

Schon über die Richtigkeit des 1ten Schlusses ließe sich certiren: denn nur mit der Ergänzung seines Beweises, nicht aber mit der Antretung seines Gegenbeweises ist der Produzent nach verstrichener Beweisfrist ausgeschlossen; sowie nämlich der Produkt seinerseits einen Gegenbeweis antritt, so wird dieser dem Produzenten zur Erklärung und Erwiederung, d. h. zur Antretung eines gegen die Beweismittel, warum also nicht auch zur Antretung eines gegen den Beweissatz gerichteten Gegenbeweises zugeschlossen. — Aber angenommen, der 1te Schluß sei richtig, angenommen also:

a) Aus der Präklusion der intra terminum nicht vorgebrachten Beweismittel folge wirklich die Unzulässigkeit einer reprobatio reprobationis, so folgt doch gewiß nicht:

b) Aus der Zulassung von Beweisnachträgen die Zulässigkeit der Antireprobation.

Der 2te Schluß scheint mir daher entschieden unrichtig zu sein. Wenn nämlich keine peremtorische Beweisfrist anberaumt wurde, wenn es also erlaubt sein muß, Beweismittel nachzuholen, so ist es um deßwillen nicht auch erlaubt, dieselben als reprobatio reprobationis zu gebrauchen. Durch das Versäumniß des Richters kann der Probant in keine bessere, und der Reprobant in keine schlimmere Lage kommen, als ohne dasselbe! —

Mir scheint daher die Art und Weise, wie die herrschende Doktrin den Satz »reprobatio reprobationis non datur« begründet, ungenügend, mir scheinen ferner die von jenem Satz gemachten Ausnahmen großentheils unstichhaltig zu sein.

Der wahre Grund der Unzulässigkeit einer Antireprobation ist meines Erachtens in dem natürlichen Verhältniß des Angegriffenen zum Angreifenden zu suchen, woraus sich ergibt, daß dem ersteren — dem Beklagten nach der jeweiligen Aktenlage — allzeit das letzte Wort gebühre. Es gilt dieser wichtige Satz, wie im Schriftenwechsel, ebenso auch im Beweisverfahren. Mit andern Worten hat das bereits Emminghaus gesagt in seiner Abhandlung über den Gewissensvertretungsbeweis:

„Für die Ausschließung des fraglichen Gegenbeweises spricht noch ein 2tes, der Prozeßmetaphysik entlehntes Argument, nämlich der Umstand, daß es einer Partei unmöglich gestattet sein kann, in einem und demselben Prozeß über einen und denselben Beweissatz zuerst einen Hauptbeweis und dann einen direkten Gegenbeweis anzutreten, also die Parteirolle des Produzenten und Reproduzenten in der nämlichen Person zu vereinigen."

Archiv für prakt. Rechtswissenschaft von Dr. Emminghaus &c. Bd. 7. S. 323 (1860).

Die herrschende Doktrin scheint das nicht anzuerkennen, denn sie läßt eine Antireprobation ausnahmsweise zu, wenn keine peremtorische Beweisfrist anberaumt war. Ich behaupte aber — in consequenter Durchführung meiner Motivirung —, daß in diesem Fall der Produzent seinen Beweis bloß ergänzen, und Beweismittel nachtragen, nicht aber als reprobatio reprobationis gebrauchen dürfe. Denn hat der Richter versäumt, eine peremtorische Beweisfrist vorzustecken, so kann diese Unterlassung dem Beweispflichtigen nur den Vortheil bringen, daß er mit der Vorbringung seiner Beweismittel nicht an die Beweisfrist gebunden ist, nicht aber den weitern Vortheil eines Wechsels der Parteirolle, und also der Zulassung einer Antireprobation. Durch das Versehen des Richters kann doch der Probant in keine günstigere, der Reprobant in keine schlimmere Lage kommen, als ohne dasselbe! —

ad 3. Aber auch die 3te Ausnahme, welche die communis opinio von dem Satz »reprobatio reprobationis non

datur« aufstellt, kann ich vom Standpunkt meiner Motivirung jener Satzes nicht billigen. Eine Antireprobation soll nämlich auch dann zulässig sein, wenn der Gegenbeweis auf künstliche Weise angetreten wurde.

v. Bayer a. a. O.

Wohlfarth über den Satz reprob. reprob. non datur« Seite 16.

Wolffsohn im Archiv Bd. 25. S. 281.

Fitting l. c. S. 67.

Osterloh I. S. 346.

Renaud S. 239.

Für diese Ausnahme scheint der Umstand zu sprechen, daß die Rechtsgleichheit der Parteien verletzt würde, wollte man dem Probanten verbieten, die Prämissen des künstlichen Gegenbeweises reprobando modo anzugreifen, und auf diese Weise ein Factum zu bewahrheiten, dessen Nachweis ja nicht Gegenstand des Beweisthema's, Aufgabe der Beweisführung gewesen. Es würde hiedurch der Probant geradeso beeinträchtigt, als wenn man ihm verbieten wollte, die Beweismittel des Reprobanten anzufechten; denn zwischen der Anfechtung der Beweismittel und der Reprobirung der Prämissen des künstlichen Gegenbeweises ist effektiv kein Unterschied.

Gegen die communis opinio spricht aber der gewichtige Grund, daß der Probant mit der Antireprobation ein Factum nochmals erweisen würde, das er implicite bereits erwiesen hat, ein Factum nämlich, das im Beweisthema inbegriffen ist, welches als integrirender Theil, wenngleich nicht als Hauptpunkt desselben erscheint. Da es nun nicht angeht, über denselben Beweissatz zuerst einen Haupt- und dann einen Gegenbeweis anzutreten (s. oben Seite 205), so wird es auch nicht angehen, über einen Theil des Beweisthema's als Probant und zugleich als Reprobant zu erscheinen.

Nehmen wir z. B. an, ich habe durch zwei Zeugen bewiesen, B habe mich am Abend des 6. Aprils im Münchner-Museum injurirt, B beweist aber, er sei an jenem Abend im Casino in Würzburg gewesen, — so darf ich gewiß nicht durch eine Antireprobation darthun, B sei an jenem Abend doch in

München, doch im Museum daselbst gewesen, denn dieses Factum habe ich ja bereits erwiesen. Ebensowenig dürfte ich aber durch Mitglieder des Würzburger Casino's darthun, daß B am fraglichen Abend nicht daselbst gewesen sei, oder daß das Casino am Morgen des 6ten abgebrannt sei, B also unmöglich am Abend daselbst gewesen sein konnte, denn auch dieses Factum habe ich bereits nachgewiesen, wenn auch nur mittelbar und indirekte (ich habe bewiesen, daß B am 6. April Abends in München war und somit auch künstlich erwiesen, daß B am nämlichen Abend nicht in Würzburg gewesen sein konnte, ich darf also dieses Factum weder unmittelbar noch mittelbar nochmals erweisen).

Es dürfte sonach der Satz »reprobatio reprobationis non datur« als ein ausnahmsloser feststehen, denn:

ad 4. Die von den Autoren statuirte 4te und einzig zu billigende Ausnahme, wenn nämlich die Antireprobation auf die Anfechtung der Reprobatorialmittel geht, gehört gar nicht hieher, indem sich hier die reprobatio reprobationis nicht auf das Beweisthema des Reprobanten bezieht. —

§. 3.

Vom Gegenbeweis gilt auch der Satz, daß er nicht durch Eidesdelation geführt werden dürfe, weil der Probant nicht schuldig ist, dasjenige zu beschwören, was er bereits erwiesen hat.

c 2 X (2 . 19) v. Bayer S. 770.

Eine Ausnahme soll eintreten:

1) Beim künstlichen Gegenbeweis,

v. Bayer S. 770,

Seuffert Archiv Bd. 8 nr. 105, Bd. 4 nr. 85,

Renaud Lehrbuch S. 238,

vorausgesetzt, daß die vom Probanten bewiesene Thatsache die zu beschwörende nicht in sich enthält.

v. Bayer S. 770 a. E.

Dieß ist beim Alibibeweis, wie v. Bayer selbst zugibt, nicht der Fall. Wann es nun aber eintritt, und warum die Eidesdelation auch dann nicht zu billigen ist, hierüber s. nr. 2 b Abs. 2.

Eine Ausnahme soll ferner eintreten, lehrt v. Bayer S. 771 a. A.:

2) Wenn die Wahrheit des Beweissatzes nur durch eine Rechtsvermuthung unterstützt ist, weil die Worte des c 2 X (2. 19) »actor qui plene probavit« auf diesen Fall nicht wohl bezogen werden können.

vgl. auch Fitting a. a. O. S. 67.

Dagegen möchte ich zweierlei bemerken:

a) Ist die Rechtsvermuthung bereits im Schriftenwechsel vorgebracht und ihrem historischen Substrat nach vom Gegner zugestanden worden, dann kann freilich nach der communis opinio dem Rechtsvermuther vom Gegner der Eid über das Nichtwahr des betreffenden Angriffs deferirt werden. Denn dann ist der Rechtsvermuther vom Beweis frei, und es durfte ihm also auch (nach der communis opinio) der Beweis nicht aufgelegt werden [7]), man kann also dann nicht sagen, daß „die Wahrheit des Beweissatzes" durch eine Rechtsvermuthung unterstützt sei.

b) Wurde aber dem Rechtsvermuther der Beweis seines Angriffs aufgelegt, weil der Gegner die Prämissen der Vermuthung widersprochen hatte, und lieferte er diesen Beweis bloß künstlich, d. h. durch Nachweis der Prämissen, dann ist freilich „die Wahrheit des Beweissatzes nur durch eine Rechtsvermuthung unterstützt." Aber die Eidesdelation des Reprobanten an den Rechtsvermuther und Probanten halte ich hier doch nicht für zuläßig; denn der letztere hat hier bereits vollständig bewiesen und ist daher nicht schuldig, dasjenige, was er, wenn gleich nur indirekte und künstlich, dargethan hat, auch noch zu beschwören.

Freilich lehrt v. Bayer mit der communis opinio, der Eidesdelation stehe auch beim künstlichen Gegenbeweis kein Hinderniß im Wege, wenn die vom Probanten erwiesene Thatsache

[7]) Gegen die communis opinio u. folgl. gegen die Zuläßigkeit der Eidesdelation an den Rechtsvermuther überhaupt habe ich mich in der folgl. X. Abhandlung sub. A. §. 2 erklärt.

die zu beschwörende in sich enthält (s. oben nr. 1). Und das ist hier, beim natürlichen Gegenbeweis wider den künstlichen Hauptbeweis, d. h. Vermuthungsbeweis, der Fall; der Beklagte hatte nicht die ihm zum Beweis aufgelegte Heimzahlung des Darlehens, sondern die Zurückgabe des Schuldscheins bewiesen, und der Kläger deferirt ihm den Eid über eine ganz andere Thatsache, nämlich über die Zahlung. Allein gerade die Zahlung hat er ja nach Vorschrift des Gesetzes durch die Rechtsvermuthung, d. h. durch den Beweis ihrer Prämisse, vollständig, wenn gleich nur künstlich erwiesen, er braucht folglich nicht mehr darüber zu schwören, braucht sich also die Eidesdelation hierüber nicht gefallen zu lassen! —

Schließt man nun aber beim Gegenbeweis den Gebrauch des Schiedseides überhaupt aus, so muß man auch die Antireprobation verbieten (und umgekehrt folgt aus der Unzulässigkeit der Antireprobation die Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung über den Gegenbeweis). Denn wenn der Probant nicht schuldig ist, dasjenige zu beschwören, was er, wenn auch nur indirekte, bereits erwiesen hat, so ist er auch nicht berechtigt, dasjenige, was er bereits dargethan hat, nochmals zu erweisen.

X. Abhandlung.

Gegen die herrschende Lehre in Betreff des Beweisinterlokuts und der Beweisführung bei Vermuthungen, insbesondere bei Rechtsvermuthungen.

Siehe meine Abhandlung in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 15. S. 337 flgd. und in v. Linde's Zeitschrift Bd. 10. S. 266—295 (1853) und Bd. 19. S. 1—24 (1862). Meine vergleichende Darstellung des gemeinen und bayer. Prozesses S. 131. u. d. folgl.

I. Verschiedene Partikularprozeßordnungen, so z. B. unsere bayerische G. O., schreiben vor, daß jene Partei, welche zur Unter-

stützung eines Angriffs oder Gegenangriffs auf eine Rechtsvermuthung sich berufen will, die Prämissen derselben schon im Schriftenwechsel vorbringen müsse, also der Kläger mit der Klage oder Replik, der Beklagte mit der Einrede oder Duplik. G. O. C. 12. §. 7. nr. 7. und die Anmerkung lit. b. hiezu.

Der Beweispflichtige kann sich daher beim Beweisantritt auf keine Rechtsvermuthung mehr berufen, vielmehr muß diese, wie jedes andere faktische Vorbringen, bei Strafe des Ausschlusses schon im Schriftenwechsel vorgeschützt werden.

Im gemeinen Prozeß verhält sich das gewiß anders; durch allgemeine Prozeßgrundsätze, insbesondere durch das Eventualprinzip und die Natur der Sache kann der fragliche Satz nicht gerechtfertigt werden, und eine positive Gesetzesvorschrift, daß Rechtsvermuthungen schon im Schriftenwechsel vorgebracht werden müssen, existirt nicht.

Zwar müssen nach dem J. R. A. §. 37 u. 38 alle Einreden und folglich auch alle Repliken und Dupliken, zugleich und auf einmal vorgebracht werden, deßgleichen soll die Geschichtserzählung bei jedem Angriff und Gegenangriff gehörig substanzirt und erschöpfend sein; allein auf die Vermuthungen und selbst auf die Rechtsvermuthungen können diese Vorschriften nicht bezogen werden, und zwar aus dem Grunde nicht, weil diese weder selbstständige Angriffe noch selbstständige Gegenangriffe, auch nicht wesentliche Bestandtheile der einen oder andern sind, also weder zur Begründung der Klage, noch der Einreden gehören. Die Vermuthungen im Allgemeinen und die Rechtsvermuthungen insbesondere sind bloß Prämissen zu einer künftigen Schlußfolgerung auf die Wahrheit des Klage- oder Einredegrundes. Sie sind daher keine Schutz- und Trutz-, sondern vielmehr Beweismittel, und brauchen folglich nicht in der ersten, sondern erst in der zweiten Prozeßperiode, nicht im Schriftenwechsel, sondern erst im Beweisverfahren angeführt zu werden. Erst bei der Beweis- und Gegenbeweisantretung braucht sich die beweispflichtige Partei auf die Rechtsvermuthung zu berufen, muß aber eventuell, d. h. für den Fall, daß der Gegner die Prämissen derselben widerspricht, sofort den Beweis derselben an-

treten. Dieser Beweis — Vermuthungsbeweis genannt — ist eine Art des künstlichen Beweises.

II. Die Rechtsvermuthungen brauchen zwar nicht, können aber doch im Vorverfahren angeführt werden.

Wenn sich nun eine Partei zur Unterstützung eines selbstständigen Angriffs oder Gegenangriffs schon im Schriftenwechsel auf eine Rechtsvermuthung beruft, so entsteht die Frage, welchen Einfluß eine solche Berufung auf die Construktion des Beweisinterlokuts, d. h. auf die Beweislast, und auf den Beweissatz hat.

Zunächst hängt Alles von der Art und Weise ab, wie der Gegner, welcher den betreffenden Angriff oder Gegenangriff abgeläugnet, auf die historischen Prämissen, auf den faktischen Untersatz der Rechtsvermuthung contestirt, ob er nämlich denselben zugestanden oder widersprochen hatte. Es frägt sich daher, wie ist zu interloquiren bei zugestandenen, und wie bei widersprochenen Prämissen? — Im ersten Fall ist die Frage nach der Beweislast, im zweiten Fall jene nach dem Beweissatz von Belang.

A.

Vom Beweisurtheil bei zugestandenem Untersatz der Rechtsvermuthung.

(Meine Abhandlung v. J. 1862 in v. Linde's Zeitschrift Bd. 19. S. 1—24.)

§. 1.

Bekanntlich befreit eine Rechtsvermuthung, deren Prämissen zugestanden oder sonst außer Zweifel gesetzt sind, denjenigen, der sich zur Unterstützung eines selbstständigen Angriffs oder Gegenangriffs darauf beruft, von der Beweislast.

v. Bayer 8. Aufl. S. 717.

Wer also eine R. V. für sich hat, braucht keinen Beweis mehr über die Thatsache zu liefern, für welche die R. V. streitet, weil der Richter von ihrer Wahrheit bereits geradeso überzeugt ist, als wenn sie von zwei klassischen Zeugen bekräftigt worden wäre.

Daraus nun, daß Rechtsvermuthungen von der Beweislast befreien, haben die Prozeßschriftsteller geschlossen, daß im Beweisurtheil nicht dem Rechtsvermuther, sondern seinem Gegner der Beweis aufgelegt werden müsse, wenn dieser die Prämissen der R. V. zugestanden, die damit in Verbindung gebrachte Thatsache aber widersprochen hatte.

Puchta Pandekt. Vorl. S. 97.

Gönner Handb. II. 37. §. 10.

Borst Beweislast §. 11--13.

Weber Beweisführung S. 38 u. S. 117.

Heffter zu Weber S. 248 u. 288.

v. Linde in seiner Zeitschrift Bd. 9. S. 131 flgd.

Mühlenbruch Entwurf §. 271.

Schmid Handbuch Bd. II. S. 133 u. E.

Fitting über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis (Erlangen 1853) S. 82.

Osterloh Lehrbuch I. S. 359.

v. Bayer 8. Aufl. S. 690 u. 769. n. E.

Letzterer lehrt:

„Auch relevante thatsächliche Behauptungen eignen sich nur dann zur Auflage eines Beweises, wenn sie am Schluß des ersten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind. Diese Ungewißheit fällt aber hinweg, wenn die behauptete Thatsache entweder notorisch oder gerichtlich eingestanden ist, oder wenn eine Rechtsvermuthung dafür spricht.“

Die herrschende Ansicht stellt also den Satz auf: Rechtsvermuthungen machen die Beweisauflage an den Afferenten überflüssig, und motivirt ihn dadurch, weil sie den Afferenten von der Beweis-Beweislast befreien, oder genauer, weil sie keine Beweismittel, sondern vielmehr Befreiungsgründe vom Beweis sind, geradeso wie die Notorietät und das gerichtliche Geständniß.

An dieser Theorie und ihren Consequenzen habe auch ich früher festgehalten.

S. meine Abhandlung in v. Linde's Zeitschrift Bd. 10. S. 268, besonders S. 270. Note 2 und Bd. 14 S. 81—83. Meine vergl. Darstellung S. 131.

In neuerer Zeit bin ich aber davon abgekommen und behaupte, daß Rechtsvermuthungen zwar von der Beweislast, nicht aber von der Beweisauflage befreien.

§. 2.

Ehe ich nun zur Widerlegung der herrschenden und zur Begründung der eigenen Meinung übergehe, sollen die Consequenzen beider Ansichten vorausgeschickt und einander gegenübergestellt werden.

I. Nach der communis opinio ist die in ihren Prämissen hergestellte R. V. kein Beweismittel, sondern ein Befreiungsgrund vom Beweis, geradeso wie die Notorietät und das gerichtliche Geständniß.

Hieraus folgt:

1) daß im Beweisinterlokut nicht dem Inhaber der R. V., sondern seinem Gegner der Beweis aufzulegen ist, nämlich der Beweis über das Nichtwahr der Klage oder Einrede, wenn diese der Rechtsvermuthung ungeachtet in Widerspruch gezogen wurde. Weiter folgt hieraus mit Nothwendigkeit:

2) daß dieser Entkräftungsbeweis durch Eidesdelation geführt werden kann; denn der Rechtsvermuther hat ja die Klage nicht bewiesen, und muß sich also die Eideszuschiebung hierüber gefallen lassen.
vgl. Genslers Anleitung zur gerichtlichen Praxis
Bd. I. S. 70. Note 46.
v. Bayer S. 771. a. N.

3) Daß wider diesen Entkräftgungsbeweis ein Gegenbeweis des Rechtsvermuthers zulässig ist, denn der letztere hat ja noch gar nicht bewiesen, ja es wurde ihm noch gar keine Gelegenheit hiezu gegeben.
Gensler im Archiv Bd. 4 S. 303.
Heffter zu Webers Beweisführung S. 241.

Seuffert's Commentar Th. III. S. 234.
2. Aufl. S. 296 a. E.
Schmid Bd. 2 S. 143.
v. Bayer S. 772 nr. 2.

Und endlich:

4) Daß dieser Entkräftungsbeweis, obwohl materiell betrachtet ein Gegenbeweis

v. Bayer S. 764,

im prozeßualen Sinn doch ein Hauptbeweis ist, weil er alle Wirkungen des Hauptbeweises hat, denn er wird α) im Beweisurtheil nicht vorbehalten, sondern aufgegeben und ein eigenes Thema dafür ausgesetzt. Er kann β) wie der Hauptbeweis durch Eidesdelation geführt werden, und läßt γ) einen Gegenbeweis zu, — was Alles nicht der Fall sein könnte, wenn er selbst ein Gegenbeweis wäre! —

II. Nach der gegentheiligen von mir aufgestellten Ansicht sind aber die Rechtsvermuthungen ein Beweismittel, wie die Zeugen und Urkunden. Dieß sagt auch Fitting in seiner Monographie S. 75 flgd. Im Beweisinterlokut ist daher dem Rechtsvermuther, ungeachtet seiner in ihren Prämissen hergestellten R. V. dennoch der Beweis aufzulegen, d. h. es ist ihm eine peremtor. Frist zur Nachbringung seiner anderweitigen Beweismittel vorzustecken, und also dem Gegner der Gegenbeweis bloß vorzubehalten, nicht förmlich aufzulegen. [1]) Der Rechtsvermu-

[1]) Fitting lehrt a. a. O., der Satz, daß der Gegenbeweis im Beweisinterlokut bloß vorbehalten werden solle, sei nur als eine technische Regel zu betrachten. Mit Recht wird aber von den neuern Rechtslehrern allgemein angenommen, der Vorbehalt des Gegenbeweises sei vielmehr in der Natur des Verhältnißes selbst begründet

v. Linde Lehrbuch § 236 u. Abhandl. I. S. 64.
v. Bayer 8te Aufl. S. 768. III.

Wenn Fitting in Note 2. dagegen bemerkt: „Linde's Gründe dürften kaum als genügend erscheinen. Der einzige Grund könnte darin bestehen, daß sich verschiedene Wirkungen an die Form der Auflage, oder der bloßen Nachlassung knüpften. Eine solche Verschiedenheit ist aber nirgends ersichtlich," so hat er wohl Unrecht, denn allerdings knüpft sich eine Verschiedenheit der

ther ist aber natürlich nicht schuldig, dieser Beweisauflage zu entsprechen, weil er ja bereits bewiesen hat. Aus demselben Grund ist der Gegner zur Reprobation verbunden, obwohl ihm diese nicht aufgelegt, sondern nur vorbehalten wurde.

Die weitern Consequenzen dieser Ansicht sind dann folgende:

1) Der Gegner des Rechtsvermuthers kann den Entkräftungsbeweis nicht durch Eidesdelation versuchen, denn der Inhaber der R. V., wenn er auch keinen andern Beweis angetreten hatte, ist nicht schuldig, dasjenige zu beschwören, was bereits durch die R. V. erwiesen ist. c. 2. X. (2. 19.)

Dagegen kann der Rechtsvermuther:

2) wider diesen Entkräftungsbeweis keinen Gegenbeweis mehr führen, denn dieser wäre eine reprobatio reprobationis, die bekanntlich unzulässig ist; der Rechtsvermuther hat ja bereits bewiesen, und kann daher nicht nochmals erweisen. Die Berufung auf die R. V. ist Hauptbeweis, der gegnerische Entkräftungsbeweis auch im prozeßualen Sinn ein wahrer Gegenbeweis.

Obgleich nun Dr. Fitting in seiner Monographie S. 75 lehrt, es sei eine falsche Ansicht, daß durch Rechtsvermuthungen eine Veränderung in der Beweislast entstehe, und daß hiedurch die letztere auf den Gegner gewälzt werden, denn es sei gleichgiltig, ob der Beweis durch Rechtsvermuthungen, oder durch Zeugen und Urkunden geführt werde (S. Note 5); obgleich also Fitting den Haupt- und Vordersatz anerkennt, die Rechtsvermuthungen seien ein Beweismittel, wie ein anderes, — so er-

---

Wirkungen an die Form der Auflage, oder des bloßen Vorbehalts. Wird der Gegenbeweis aufgelegt, so ist er absolut nothwendig, kann durch Eidesdelation geführt und durch Antireprobation paralysirt werden, denn er ist prozeßualisch ein Hauptbeweis, was Alles nicht der Fall ist, wenn der Gegenbeweis bloß vorbehalten wird. Angenommen aber, der Gegenbeweis dürfte als solcher — neben dem Hauptbeweis — (natürlich eventuell) aufgelegt werden, so müßte er wenigstens in derselben Frist, wie der Hauptbeweis, angetreten werden, — während beim Vorbehalt desselben bekanntlich eine eigene Frist, die Reprobatorialfrist, zur Antretung desselben vorgesteckt wird. —

kennt er doch unbegreiflicherweise die Consequenzen dieses Satzes nicht an. Denn er legt:

a) Dem Gegner des Rechtsvermuthers den Entkräftungsbeweis auf (S. 82),[2]) erlaubt:

b) die Führung dieses Gegenbeweises durch Eidesdelation (S. 67 a. A.)[3]) und

c) die Antireprobation des Rechtsvermuthers dagegen (S. 67 III.)[4]), — Alles das in offenem Widerspruch mit seiner eigenen Thesis, daß durch Rechtsvermuthungen

---

[2]) Daß Fitting dem Gegner des Rechtsvermuthers den Entkräftungsbeweis auflegt, wäre noch nicht so weit gefehlt, wenn er nur entweder:

a) Auf bessern Beweis erkennen würde, nachdem der Entkräftungsbeweis gelungen, oder:

b) den Rechtsvermuther zur Beibringung von Beweisnachträgen auffodern würde, sowie ein Entkräftungsbeweis angetreten worden (s. Note 6).

Daß aber Fitting weder das Eine, noch das Andere thut, ergibt sich einfach daraus, weil er eine Antireprobation wider den Entkräftungsbeweis gestattet. S. oben lit. c.

[3]) Fitting lehrt S 66.

„Der Beweis zur Gerichtsvertretung wird sich meistens als Gegenbeweis darstellen. Es gibt indessen auch viele Fälle, in welchen er als Hauptbeweis erscheinen wird, z. B. wenn eine R. V. für eine prozeßuale Behauptung spricht, und der Gegner (statt deren Nichtzutreffen in concreto durch anderweitige Beweismittel darzuthun) dem Angreifer den Eid darüber zuschiebt, dieser aber, statt zu schwören, zur G. V. seine Zuflucht nimmt."

Daß die G. V. hier als Hauptbeweis erscheint, ist auf Fittings Standpunkt vollkommen consequent; daß eine Eidesdelation über den Entkräftungsbeweis zugelassen wird, ist aber inconsequent, da Fitting die G. V. einen Hauptbeweis nennt, und daher den Entkräftungsbeweis als Gegenbeweis auffaßt. —

[4]) Freilich sagt Fitting, der durch diese Antireprobation erbrachte Beweis sei juristisch als Hauptbeweis zu betrachten, indem er ja offenbar nur einen Nachtrag zu diesem bilde. Da Fitting aber unmittelbar vorher diesen Beweis einen Gegenbeweis (eine Antireprobation) nennt, indem er von den Fällen spricht, „in welchen ausnahmsweise gegen einen unmittelbaren Gegenbeweis noch eine Gegenbeweisführung zuläſſig ist," — so kann man in Fittings Sinn, wie nach seinen Worten, bloß sagen, die Antireprobation des Rechtsvermuthers sei als Hauptbeweis zu betrachten, nicht aber als solcher zu behandeln; sie ist im metaphysischem Sinn ein Hauptbeweis, prozeßualisch aber ein wahrer Gegenbeweis.

keine Aenderung in der Beweislast entstehe und daß hiedurch die letztere keineswegs auf den Gegner gewälzt werde. (S. oben.)

Dieser Widerspruch wird auch durch den Umstand nicht gehoben, daß der Rechtsvermuther, obwohl er Beweis für sich hat, doch auch nach Fitting (S. 28 u. 67) kein Beweisführer ist. Denn:

ad b. und c. Wenn Fitting behauptet, die Berufung auf eine R. V. sei Hauptbeweis, der Entkräftungsbeweis allzeit ein Gegenbeweis, so kann der Rechtsvermuther unmöglich eine Antireprobation unternehmen, braucht sich aber auch eine Eidesdelation des Gegners nicht gefallen zu lassen. Und:

ad a. Wenn es unrichtig ist, wie Fitting lehrt, daß durch die R. V. die Beweislast auf den Gegner gewälzt werde, so muß ihm, ungeachtet der Rechtsvermuthung und des durch sie erbrachten Beweises, doch im Interlokut der Beweis aufgelegt werden. Es ist daher ein großer Widerspruch, wenn Fitting S. 28 Note 5 behauptet, nur ungewisse Behauptungen seien Gegenstand der Beweisauflage und wenn er demgemäß dem Gegner des Rechtsvermuthers den Beweis auflegt.

§. 3.

Ich gehe nun zur Widerlegung der herrschenden und zur Begründung der eigenen Ansicht über.

1) Ein positiver Grund für die communis opinio soll in der

l. 25 pr. und §. 3 D. (de probat.)

liegen, wo bezüglich des Gegners des Rechtsvermuthers der Ausdruck gebraucht wird „cui onus probandi incumbit."

Allein diese Worte haben in keinem Fall den Sinn, daß durch die R. V. die Beweisauflage verrückt werde, ja sie können diesen Sinn gar nicht haben, weil das Beweisinterlokut, welches die Grenzscheide zwischen der 1. und 2. Prozeßperiode bildet, in seiner heutigen Bedeutung dem Röm. Recht völlig fremd war. Der wahre und nächstliegende Sinn jener Worte ist vielmehr der, daß diejenige Partei, welche für ihre Behauptung eine R. V. hat, nicht mehr schuldig sein könne, dieselbe besonders zu

erweisen, weil eben die R. V. Surrogat des Beweises ist und dem Richter volle jur. Ueberzeugung gewähren soll. Das sagt auch Fitting in seiner Monographie.[5])

2) Als rationellen Grund für die communis opinio führt man an, daß sich nur solche Thatsachen zur Beweisauflage eignen, welche am Schluß des ersten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind, welche Ungewißheit aber wegfalle, wenn die behauptete Thatsache entweder notorisch, oder gerichtlich eingestanden ist, oder eine R. V. dafür spricht. Die R. V. soll also von der Beweisauflage befreien, weil die betreffende Thatsache bereits juristisch gewiß ist.

---

[5]) Fitting lehrt S. 76 u. 77:

„Wenn man annahm, daß beim Dasein einer R. V. der Gegner den Hauptbeweis zu führen habe, so mußte man folgerichtig dazu kommen, daß jetzt auf diesen die Beweislast übergegangen sei. Einige Ausdrücke uns'rer Quellen („compelli ad probationes praestandas," „cui onus probandi incumbit" ꝛc. ꝛc. l. 25. pr. u. §. 3. D. 22 3.) mögen dann noch das Ihrige zur Entstehung jener Meinung beigetragen haben. Diese Quellenausdrücke bezeichnen indessen nur, daß wegen einer R. V. für den Gegner eine Beweisführung nothwendig wird, ohne im Geringsten zu bestimmen, ob dieß eine Haupt- oder Gegenbeweisführung sei. Dadurch allein aber, daß es wegen einer R. V. auf Seite des Gegners, wenn er nicht unterliegen will, nunmehr einer Beweisführung bedarf, ist noch keineswegs erwiesen, daß diese eine Hauptbeweisführung, also die Beweislast, d. h. die Verbindlichkeit zur Hauptbeweisführung, auf den Gegner übergegangen sei. Das Wahre ist vielmehr folgendes: Wenn für eine prozeßuale Behauptung eine R. V. spricht, so ist dadurch die Behauptung in abstracto genügend erwiesen. Der Prozeß ist ganz in derselben Lage, als ob der Beweis durch Urkunden, oder Zeugen geliefert worden wäre. Der Angreifer hat daher seiner Beweislast im Allgemeinen Genüge geleistet, und es ist nun am Gegner, wenn er nicht verurtheilt werden will, mittelst einer Gegenbeweisführung, Gründe beizubringen, wegen deren demnach in concreto die Behauptung nicht als gewiß betrachtet werden kann. — Es entsteht allerdings durch Rechtsvermuthungen für den Gegner eine Beweislast, aber nicht eine Last der Haupt-, sondern bloß der Gegenbeweisführung."

Ich stimme dieser Ausführung vollkommen bei, muß aber wiederholt bemerken, daß es mir unerklärlich bleibt, wie Fitting die Consequenzen derselben verläugnen, d. h. den Gegenbeweis wider die R. V. auflegen, und die Eidesdelation hierüber, sowie die Antireprobation dagegen zulassen kann! S. oben §. 2. Seite 216 lit. a — c.

v. Bayer S. 690. C.
Fitting a. a. O. S. 28. Note 5.

Diesen Grund, so plausibel er auch zu sein scheint, halte ich dennoch nicht für richtig. Es ist unwidersprechlich, daß eine Thatsache keines Beweises bedarf, die bereits juristisch gewiß ist. Allein daraus, daß eine Partei, welche eine solche Thatsache behauptet hatte, nicht schuldig ist, dieselbe zu erweisen, folgt noch nicht, daß ihr im Interlokut der Beweis hierüber nicht aufgelegt werden darf, daß also die Beweislast den Prozeßgegner treffen müsse, welcher die fragliche Thatsache ihrer juristischen Gewißheit ungeachtet widersprochen hatte. Aus der Befreiung von der Beweispflicht folgt nicht die Verrückung der Beweislast im Interlokut.

Nehmen wir an, der Kläger oder Beklagte habe seinen Beweis freiwillig, gleich mit der Klage oder Einrede angetreten, und derselbe sei am Schluß des ersten Verfahrens vollständig gelungen, der Kläger habe z. B. seinem Libell den Schuldschein beigelegt und der Beklagte denselben rekognoszirt, aber die Contrahirung der Schuld widersprochen. Wie muß hier interloquirt werden? — Es wird auf das Dasein des Klag'sbeweises gar nicht geachtet, und also geradeso entschieden, als wenn die Verbindung des Beweises mit der Klage nicht stattgefunden hätte. Es wird daher dem Kläger der Beweis der widersprochenen Klage aufgelegt, obgleich dieselbe schon vollständig erwiesen ist. Andrer Meinung sind freilich

Fitting a. a. O. S. 82 und
Seuffert im Commentar Bd. 3 S. 34. 2te Aufl. S. 46.

Allein diese Rechtslehrer übersehen den Einfluß des Eventualprinzips, worin der Grund jener parador scheinenden Beweisauflage zu suchen ist. Es soll nämlich durch letztere dem Kläger Gelegenheit gegeben werden, seine anderweitigen Beweismittel vorzubringen, um ein Erkenntniß auf besseren Beweis zu vermeiden, welches dann nothwendig würde, wenn dem Beklagten der Gegenbeweis aufgelegt würde und gelingen sollte. Denn eine Abweisung des Klägers, weil sein freiwillig angetretener Beweis durch den Gegenbeweis paralysirt worden, wäre eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem ja der Kläger

noch gar keine Beweisfrist bekommen, und also auch keine Gelegenheit erhalten hatte, seine anderweitigen Beweismittel vorzuschützen. Durch ein nachträgliches Beweisinterlokut, Erkenntniß auf bessern Beweis, würde aber das Eventualprinzip verletzt und der Prozeßverzögerung Vorschub geleistet, indem das Beweisverfahren in zwei Hälften gespalten, nach durchgeführtem Verfahren über den Gegenbeweis erst jenes über den Hauptbeweis anfangen würde, während nach dem Eventualprinzip Probatorial- und Reprobatorialzeugen gleichzeitig verhört werden sollten.[6]) Die Eventualmaxime verlangt also,

---

[6]) Wenn man mit der communis opinio dem Gegner des Rechtsvermuthers den Gegenbeweis auflegt, wird zwar die Beweisantretung des Rechtsvermuthers und somit Zeit und Geld erspart, für den Fall, daß sein Gegner keinen Entkräftungsbeweis antritt. Allein einmal ist:

a) Der entgegengesetzte Fall mindestens ebenso wahrscheinlich. Denn der Gegner würde wohl keinen Prozeß angefangen haben, wenn er keine Reprobatorialmittel hätte. Und dann liegt doch:

b) Eine große Abnormität darin, daß zuerst der Gegenbeweis und nachher der Hauptbeweis aufgelegt wird. Jedenfalls wird aber:

c) Ungleich mehr Zeit und Geld vergeudet, wenn das Verfahren über den Hauptbeweis erst nach durchgeführtem Verfahren über den Gegenbeweis beginnen würde. (S. den Text oben).

Dem letzten Uebelstande könnte nun freilich dadurch abgeholfen werden, daß nicht erst nach Durchführung, sondern schon nach Antretung des im Interlokut aufgelegten Entkräftungsbeweises der Rechtsvermuther zur Einbringung seiner anderweitigen Beweismittel (Beweisnachträge) aufgefordert wird. Allein abgesehen davon, daß ein Erkenntniß auf bessern Beweis voraussetzt, daß der in actis befindliche Beweis (die R. V. nämlich) durch einen gelungenen Entkräftungsbeweis hinweggeräumt ist, — so liegt hierin jedenfalls eine doppelte Abnormität, einmal a) die schon oben gerügte, daß der Hauptbeweis erst nach Antretung des Gegenbeweises abverlangt wird, sodann: b) die weitere Anomalie, daß dieser Hauptbeweis gleichzeitig mit den uneigentlichen Gegenbeweis, der gegen die Beweismittel des Entkräftungsbeweises gerichtet ist, angetreten und auf diese Weise die Ordnung des Verfahrens umgekehrt und gestört wird.

Mit Recht könnte daher der Rechtsvermuther gegen diese Interlokutionsweise protestiren; denn da ihm kein Beweis aufgelegt worden, so wurde implicite ausgesprochen, er brauche nicht zu beweisen, und habe also das Recht der Reprobation, (nicht bloß das Recht zum nachträglichen Hauptbeweis), wenigstens könne ihm nicht eher ein Beweis abgefordert werden, als bis der Gegenbeweis siegreich durchgeführt ist.

daß dem Kläger, obgleich er im Schriftenwechsel schon vollständig bewiesen hat, dennoch der Beweis aufgelegt werde.

v. Bayer selbst lehrt ja bezüglich der eigentlichen Beweisantizipation, d. h. des freiwilligen Beweisantritts der widersprochenen Klage anstatt der Replik, daß zwar hiedurch das Interlokut erspart werde, wenn der Antizipant das rechte Thema getroffen hat, daß er aber eine peremtorische Beweisfrist bekommen müsse, „um künftigen Nachholungen und der Nothwendigkeit eines Erkenntnisses auf bessern Beweis vorzubeugen.

vgl. 8. Aufl. S. 756 u. 757.

Was nun von der eigentlichen Beweisantizipation gilt, das muß auch und zwar ex eisdem rationibus von der Verbindung des Beweises mit der Klage oder Einrede gelten, selbst in dem hier vorausgesetzten Fall eines bereits gelungenen freiwilligen Beweises.

Uebereinstimmend hiemit sagen denn auch

Plank Beweisurtheil S. 360 und

Wetzell in der 2. Aufl. des Systems S. 902,

daß selbst der antizipirte Urkundenbeweis der nachfolgenden Beweisauflage nicht enthebe, „weil einestheils dem Probanten die Verbesserung und Vervollständigung seines Beweises und dem Probaten der Gegenbeweis offen gelassen werden muß.“

Um also künftigen Nachholungen vorzubeugen und ein Erkenntniß auf bessern Beweis zu ersparen, muß dem Kläger der Beweis aufgelegt, oder besser eine Beweisfrist gegeben werden, obgleich er bereits vollständig bewiesen hat.[7])

[7]) Ob übrigens der durch Urkunden freiwillig angetretene Beweis durch die gegnerische Rekognition derselben wirklich vollständig geliefert wurde, ist bei Fällung des Beweisinterlokuts noch sehr in Frage, da die richterliche Prüfung des Beweises erst nach Durchführung des Gegenbeweises geschieht, dieser Gegenbeweis aber nicht bloß gegen den Beweissatz, sondern auch gegen das Beweismittel gerichtet sein kann. Zwar hat der Beklagte die klägerischen Urkunden in der Exception rekognoszirt, allein er hat sich hiedurch eines

Es wird ihm aber dann eigentlich nicht aufgetragen, seinen Klagegrund bei Strafe der Sachfälligkeit zu erweisen, sondern nur aufgegeben, seine anderweitigen Beweismittel hiefür bei Strafe des Ausschlusses vorzubringen. Zugleich wird dem Gegner der Gegenbeweis wider den bereits gelieferten und noch zu liefernden Hauptbeweis vorbehalten. Hiedurch verliert denn auch das Beweisinterlokut jene Anstößigkeit, die darin liegt, daß dem Kläger ein Beweis aufgelegt wird, den er bereits vollständig erbracht hat, dem Beklagten ein Gegenbeweis vorbehalten wird, mit dem er bei Vermeidung der Sachfälligkeit zuerst hervortreten muß. Wenn wir nun dem Kläger oder Beklagten in dieser Weise den Beweis auflegen, obgleich der Richter bereits im Schriftenwechsel durch antizipirten Beweis von der Wahrheit des Klage- oder Einrede-Grundes vollständig überzeugt wurde, so müssen wir ebenso verfahren, wenn diese Ueberzeugung durch **Rechtsvermuthungen** hervorgebracht wurde. Zwar ist die Berufung auf eine R. V., deren Prämissen zugestanden wurden, keine Beweisführung, aber sie ist doch gewiß ein Beweis, weil der Richter hiedurch geradeso überzeugt wird, als durch zwei Zeugen oder eine vollbeweisende Urkunde, unter „Beweis" im objektiven Sinn aber nichts Anderes verstanden werden kann, als der Inbegriff der Gründe für die juristische Wahrheit eines Satzes.

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 760.

Fitting a. a. O. §. 4.

Es ist also, der Wirkung nach, kein Unterschied zwischen der R. V. und den eigentlichen Beweismitteln. Und es kann also auch die R. V. ebensowenig die Beweislast verrücken, als der Umstand, daß die Klage bereits während des Schriftenwechsels durch Urkunden nachgewiesen wurde.

---

wider die Urkunde zu richtenden Gegenbeweises keineswegs begeben; in der Ladung war er bloß zur Erklärung über die Echtheit der Unterschrift aufgefordert worden, nicht aber zur Vorbringung seiner Beweiseinreden; dazu wird die Reprobatorialfrist gegeben. Bringt er nun innerhalb der letztern die exc. doli, vel metus vel errois vor und beweist er dieselbe, so wird hiedurch der antizipirte Beweis des Klägers vernichtet, oder richtiger: er stellt sich als gänzlich mißlungen dar. —

§. 4.

Aus dieser ganzen Erörterung ergibt sich nun ein vierfaches Resultat:

a) Daß der Satz der communis opinio unrichtig ist: „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage, die am Schluß des ersten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind.“ Daß daher:

b) Jener Satz auch nicht zur Motivirung der Thesis gebraucht werden kann: „Rechtsvermuthungen befreien den Asserenten von der Beweisauflage,“ und daß folglich

c) jene Thesis auf andere Art begründet werden muß, wenn sie haltbar sein soll.

Im Gegentheil ergibt sich aus der Erörterung des §. 3:

d) Ein gewichtiger Grund gegen jene Thesis, und also für meine Ansicht, wonach Rechtsvermuthungen von der Beweisauflage nicht befreien, weil ja auch der antizipirte Beweis die Beweislast nicht verrücken kann.

Wenn man dagegen einwendet:

3) Daß die Analogie von der Beweisantizipation unstatthaft sei, weil die Rechtsvermuthung kein Beweismittel ist, wie Zeugen und Urkunden, der Richter vielmehr durch die Rechtsvermuthung, wenn ihre Prämissen eingestanden oder notorisch sind, ohne Beweisführung, also ohne besondere Thätigkeit des Beweispflichtigen, weil aus den bereits vorhandenen Akten, von der Wahrheit der betreffenden Thatsache überzeugt wird, geradeso wie beim gerichtlichen Geständniß und bei der Notorietät; — wenn man ferner einwendet, daß die beiden letztern unzweifelhaft von der Beweisauflage befreien, und daß daher von der Rechtsvermuthung dasselbe gelten müsse, — so ist diesen Einwendungen unschwer zu begegnen.

Wäre die Rechtsvermuthung wirklich ein Befreiungsgrund vom Beweis, wie das gerichtliche Geständniß und die Notorietät, dann bräuchte freilich dem Rechtsvermuther weder ein Beweis aufgelegt, noch eine Frist zur Ergänzung seines Beweises gegeben zu werden. Das ist nun aber

selbst nach der herrschenden Ansicht keineswegs der Fall. Vom gerichtlichen Geständniß und der Notorietät kann man in Wahrheit sagen, daß sie Befreiungsgründe vom Beweis sind, nicht aber von der Rechtsvermuthung. Ueber eine Thatsache, die durch Geständniß oder Notorietät juristisch gewiß ist, darf wirklich kein Beweis aufgelegt werden. Denn was gerichtlich eingestanden, oder notorisch ist, das ist unbestritten, das kann gar nicht bestritten werden. Es gibt daher wider das gerichtliche Geständniß und die Notorietät keinen Gegenbeweis und es bedarf folglich auch keines weitern Beweises mehr hierüber. Der Grund also, warum man demjenigen, der die Notorietät oder das gerichtliche Geständniß seines Gegners für sich hat, keinen Beweis mehr aufzulegen braucht, liegt nicht in der bereits vorhandenen vollständigen Ueberzeugung des Richters, sondern einzig und allein in der Unbestrittenheit und Unbestreitbarkeit dessen, was gerichtlich eingestanden und notorisch ist, und also in der Unzulässigkeit eines Gegenbeweises. Nicht weil der Richter von der Wahrheit des Klagegrundes bereits vollständig überzeugt ist, darf dem Kläger kein Beweis aufgelegt werden, sondern weil der Klagegrund unbestreitbar, weil ein Widerspruch der einmal vor Gericht eingestandenen oder notorischen Thatsache unstatthaft, also ein Gegenbeweis unzulässig, und folglich ein Klagsbeweis ganz und gar überflüssig ist.

Ganz anders steht aber die Sache beim außergerichtlichen Geständniß und bei der Rechtsvermuthung, selbst dann, wenn beide keine Beweisführung erheischen und insoferne auf gleicher Stufe mit der Notorietät und dem gerichtlichen Geständniß stehen; was bei der R. V. der Fall ist, wenn ihre Prämissen zugestanden wurden, und beim außergerichtlichen Geständniß, wenn es nach der Ansicht des Richters vollen Beweis liefert und seine Existenz zugegeben, also unbestritten ist. Sprechen wir zuerst vom außergerichtlichen Geständniß. Dieses läßt den Widerspruch der eingestandenen Thatsache und also den Gegenbeweis dessen zu, der es abgelegt hat.

vgl. v. Bayer S. 715 nr. 2.

Der Beklagte kann in der Exceptionsschrift sagen: „Es ist wahr, ich habe den klägerischen Anspruch außergerichtlich eingestanden und zwar dem Kläger gegenüber, die Sache verhält sich aber doch anders, und ich werde das beweisen.“ Die Folge davon ist nun die, daß dem Kläger — ungeachtet des beklagtischen Geständnisses — auch nach der communis opinio der Beweis der Klage aufgelegt werden muß, um ihm Gelegenheit zu geben, seine anderweitigen Beweismittel einzubringen, daß aber der Kläger natürlich nicht schuldig ist, diesen Nachweis noch besonders, d. h. auf andere Art, als durch Berufung auf jenes außergerichtliche Geständniß zu führen, vorausgesetzt, daß dasselbe vollen Beweis macht.

Was nun vom außergerichtlichen Geständniß gilt, das muß auch von der Rechtsvermuthung gelten. Da ihr Schlußsatz, d. h. die damit in Verbindung gebrachte Thatsache, bestritten werden kann, und also den Gegenbeweis zuläßt (sie gilt bekanntlich nur so lange, »donec probetur contrarium«), so kann sie ebensowenig vom Beweis frei machen und ebensowenig die Beweislast auf den Gegner wälzen, als das außergerichtliche Geständniß. Demjenigen, der sich auf eine R. V. stützt, muß also der Beweis der Thatsache aufgelegt werden, für welche die R. V. streitet.

Die herrschende Ansicht macht sich daher einer großen Inconsenz schuldig wenn sie entgegengesetzt entscheidet, dagegen dem Kläger oder Beklagten, der ein außergerichtliches vollbeweisendes Geständniß des Gegners für sich hat, dennoch den Beweis auflegt (s. oben), — weil das außergerichtliche Geständniß ein Beweismittel, kein Befreiungsgrund vom Beweis ist. —

§. 5.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich nun, daß der Satz der communis opinio unrichtig ist: „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage, die am Schluß des ersten Verfahrens noch ungewiß und unzweifelhaft sind, also nicht diejenigen, für welche z. B. eine R. V. spricht.“

vgl. v. Bayer S. 690 C.

Dieser Satz ist in verschiedener Hinsicht zu eng, indem auch über solche Thatsachen Beweis aufzulegen ist, welche:

a) durch freiwillig angetretenen Beweis außer Zweifel gesetzt sind, oder für welche

b) ein außergerichtliches vollbeweisendes Geständniß, oder

c) eine wirksame, d. h. in ihren Prämissen bereits hergestellte Rechtsvermuthung streitet.

Wir dürfen daher nicht sagen: „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Auflage eines Beweises, die am Schluß des ersten Verfahrens noch ungewiß und unzweifelhaft sind,[8]) aber nicht diejenigen, die bereits juristisch gewiß und außer Zweifel sind.“[9]) Wir müssen vielmehr sagen: „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage, die im Schriftenwechsel

---

[8]) Wenn wir aber mit der herrschenden Ansicht sagen: „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage, die am Schluß des 1ten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind,“ so dürfen wir zu den Befreiungsgründen vom Beweis nicht bloß das gerichtliche Geständniß, die Notorietät und die Rechtsvermuthungen zählen, sondern müssen dahin auch das vollbeweisende außergerichtliche Geständniß und den gelungenen antizipirten Beweis rechnen. —

[9]) In einem gewissen Sinn läßt sich aber der Satz der communis opinio (v. Bayer S. 790.):

> „Nur solche Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage, die am Schluß des 1ten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind, nicht aber diejenigen, für welche ein gerichtliches Geständniß, eine Notorietät oder Rechtsvermuthung streitet,“

doch aufrecht erhalten, nur müssen wir die Rechtsvermuthung daraus entfernen! — Wenn wir nämlich den Satz „Nur ungewiße Thatsachen eignen sich zur Beweisauflage“ nicht mit der Frage, wer hat zu beweisen, sondern mit der Frage, ob überhaupt auf Beweis zu sprechen ist, in Verbindung bringen, wenn wir ihn also nicht von der Beweislast verstehen, sondern von der Beweisauflage überhaupt, — so hat es damit seine volle Richtigkeit, und zwar nicht bloß auf meinen Standpunkt, sondern auch auf jenem der herrschenden Ansicht. Denn ungewiß und zweifelhaft ist auch eine solche Thatsache, die zwar am Schluß des Schriftenwechsels erwiesen ist, aber vom Gegner trotzdem widersprochen wurde. Jur. gewiß und unzweifelhaft sind bloß gerichtlich eingestandene und notorische Thatsachen. Solche Behauptungen aber, wofür ein antizipirter Beweis, ein außergerichtliches Geständniß oder eine Rechtsvermuthung spricht, werden durch den eingelegten Widerspruch zweifelhaft, weil es ja möglich ist, daß der Gegner seinen

bestritten wurden, und auch wirklich bestreitbar sind, also nicht diejenigen, welche eingestanden oder notorisch sind. Ein Befreiungsgrund von der Beweisauflage ist daher bloß das gerichtliche Geständniß und die Notorietät, nicht aber der gelungene antizipirte Beweis, das außergerichtliche Geständniß und die Rechtsvermuthung. Denn liegt ein gerichtliches Geständniß vor, so wurde ja die betreffende Thatsache nicht bestritten, sondern anerkannt; und ist sie notorisch, so kann sie gar nicht bestritten werden. Ist aber die Thatsache bereits erwiesen, oder außergerichtlich eingestanden, oder streitet für sie eine Rechtsvermuthung, so ist sie allerdings bestreitbar, mit Erfolg freilich nur dann, wenn der Gegner seinen Widerspruch zu beweisen im Stande ist. Wird sie nun bestritten, so eignet sie sich zur Beweisauflage, d. h. es muß der betreffenden Partei eine Beweisfrist zur Einbringung ihrer anderweitigen Beweismittel gegeben werden. (S. Note 9.)

§. 6.

Weitere Gründe für meine Ansicht liegen in den Mißständen, welche die communis opinio nach sich zieht. Als ein solcher ist meines Erachtens vorerst hervorzuheben:

4) Daß die Entscheidung der wichtigen Fragen nach der Beweislast, der Zulässigkeit des Entkräftungsbeweises und der Eidesdelation zum Theil von der Willkühr des Rechtsvermuthers, zum Theil von der Willkühr seines Gegners abhängt. Wurde nämlich die Rechtsvermuthung im Schriftenwechsel nicht vorgebracht, so trifft:

Widerspruch beweist. Dergleichen Thatsachen eignen sich daher ungeachtet ihrer Liquidität zur Beweisauflage, selbst nach der herrschenden Ansicht (nur wird nach dieser nicht dem Afferenten über die Wahrheit, sondern seinem Gegner über die Unwahrheit derselben der Beweis aufgelegt). Nicht zur Beweisauflage eignen sich bloß jene Thatsachen, für welche ein gerichtliches Geständniß, oder eine wahre Notorietät spricht, nicht aber diejenigen, für welche eine Rechtsvermuthung streitet. Die Rechtsvermuthung muß daher aus dem Satz der communis opinio (s. oben) gestrichen werden. —

a) Den Rechtsvermuther die Beweisauflage. Derselbe muß vorsorglich, hat er noch andere Beweismittel und will er sie geltend machen:

b) Seinen Beweis primär durch die Berufung auf die R. V., Zeugen und Urkunden ꝛc. eventuell durch Eidesdelation antreten. Der Gegner kann

c) Den Entkräftungsbeweis nicht durch Eidesdelation führen, und ebensowenig kann der Rechtsvermuther:

d) Eine Antireprobation wider den Entkräftungsbeweis unternehmen.

Wurde aber die Rechtsvermuthung schon im Schriftenwechsel vorgebracht, so treten zwar dieselben Folgen ein, wenn der Gegner die Prämissen derselben widersprochen hatte. Hatte er sie aber zugestanden, dann muß:

a) Dem Gegner der Entkräftungsbeweis aufgelegt werden. Dieser kann ihn

b) Durch Eidesdelation führen. Dagegen kann sich

c) Der Rechtsvermuther der Eideszuschiebung nicht bedienen, wohl aber kann er

d) Eine Antireprobation wider den durch Zeugen oder Urkunden geführten Entkräftungsbeweis unternehmen.

Der Rechtsvermuther, unter Umständen auch der Gegner desselben, hat also die Konstruktion des Beweisinterlokuts, die Vertheilung der Beweislast und die sich hieran knüpfenden weitern Consequenzen in seiner Gewalt. Der Inhaber der R. V. wird dieselbe schon im Schriftenwechsel vorbringen, wenn er noch andere Beweismittel als die R. V. hat und also eine Antireprobation versuchen kann; er wird sie dagegen erst beim Beweisantritt namhaft machen, wenn er keine anderen Beweismittel besitzt.

Der Gegner sodann wird die Prämissen der im Schriftenwechsel vorgebrachten R. V. je nach Umständen bald widersprechen, bald zugeben; er wird sie zugeben, wenn er keine Antireprobation wider seinen Entkräftungsbeweis zu fürchten hat, oder wenn er denselben bloß durch Eidesdelation führen kann. Daß

hierin ein arger Mißstand und also ein Grund gegen die herrschende Ansicht liegt, kann nicht wohl in Abrede gestellt werden. Bei Annahme der communis opinio wäre daher die Vorschrift unserer bayer. G. O. (cap. 12 §, 2. nr. 7) dringend indizirt, daß die R. V. bei Strafe des Ausschlusses schon im Schriftenwechsel (geeigneten Orts) vorgebracht werden müsse, da eben von der Art und Weise, wie der Gegner auf die Prämissen contestirt, die Regulirung der Beweislast und folglich die Konstruktion des Beweisurtheils abhängt. Weil aber eine solche Vorschrift im gemeinen Recht nicht existirt, so läßt sich auch hieraus auf die Unrichtigkeit der communis opinio rückwärts schließen.

5) Ein gewichtiger Grund gegen die letztere und für die von mir aufgestellte Meinung liegt sodann darin, daß bei Annahme der herrschenden Ansicht der Beweispflichtige bald

a) Ungebührlich begünstigt, bald

b) Ungebührlich beeinträchtigt wird.

ad a. Es ist für den Beweispflichtigen ein großer Vortheil, daß die R. V. von der Beweislast frei macht und diese auf den Gegner wälzt. Es wäre nun eine ungebührliche und nicht zu rechtfertigende Begünstigung, wenn der Beweispflichtige hiedurch den weitern Vortheil erhielte, seine anderweitigen Beweismittel auf dem Weg einer Antireprobation gebrauchen zu dürfen. Denn man würde hiedurch gegen den Grundsatz verstoßen, daß dem Angegriffenen das letzte Wort gebühre. Der Gegner des Rechtsvermuthers und Beweispflichtigen ist und bleibt Angegriffener; würde ihm nun der Beweis aufgelegt, so könnte der Rechtsvermuther immer noch einen Gegenbeweis unternehmen, und es hätte folglich der angreifende, nicht der angegriffene Theil das letzte Wort.

ad b. Andrerseits würde aber der Inhaber der Rechtsvermuthung bei Annahme der herrschenden Ansicht wieder ungebührlich verkürzt werden. Legen wir nämlich dem Gegner den Entkräftungsbeweis auf, so muß sich der Rechtsvermuther, (der selbst den Eid nicht deferiren kann, wenn er den Gegenbeweis wider den Entkräftungsbeweis unternimmt), die Eidesdelation des Gegners gefallen lassen; er muß dann seinen Angriff,

von dessen Wahrheit er den Richter bereits durch die Rechtsvermuthung überzeugt hat, trotzdem noch beschwören, oder nochmals erweisen.[10])

Endlich: 6) Erscheint auch der Umstand als eine große Schattenseite der herrschenden Ansicht, daß die charakteristischen Wirkungen des Gegenbeweises in unserem Fall nicht eintreten, soferne man die objektive Begriffsbestimmung annimmt, welche die neue Doktrin vom Haupt- und Gegenbeweis aufstellt. Erscheint gleich der Entkräftungsbeweis wider die Rechtsvermuthung, da er gegen die Wahrheit eines selbstständigen Angriffs gerichtet ist, nach der neuen Doktrin als ein wahrer Gegenbeweis, so wird er doch im Interlokut ausgesetzt, nicht vorbehalten, ist daher de necessitate, kann folglich durch Eidesdelation geführt und durch Antireprobation entkräftet werden, hat somit alle prozessualen Eigenschaften des Hauptbeweises.

Um diesem Uebelstande zu begegnen, müssen wir entweder einen andern, und zwar formellen Begriff von Haupt- und Gegenbeweis aufstellen, wie die ältere Doktrin gethan und auch ich in §. 1 meiner IX. Abhandlung

Gegen die herrschende Lehre im Gebiet des Haupt- und Gegenbeweises

vorgeschlagen habe, — oder wir müssen bei jedem einzelnen über den Gegenbeweis aufgestellten Grundsatz eine Ausnahme zu

[10]) Man könnte vielleicht glauben, der Inhaber der Rechtsvermuthung gehe nach der communis opinio auch des Vortheils verlustig, seinem Gegner den Schiedseid deferiren zu konnen, er büße also das Beweismittel der Eidesdelation ein, welches er reprobando modo bekanntlich nicht gebrauchen kann, das er aber als Probant hätte benützen können, wenn ihm der Beweis der Zahlung aufgelegt worden wäre, nämlich eventuell, für den Fall, daß dem Kläger der Gegenbeweis gelingen sollte. Man könnte also der Meinung sein, der Rechtsvermuther werde nicht bloß dadurch verkürzt, daß er sich die Eidesdelation gefallen lassen muß, sondern auch noch dadurch, daß er selbst dieses Beweismittel verliert. — Da jedoch bei der Collision der Rechtsvermuthung und des durch Zeugen oder Urkunden geführten Gegenbeweises die erstere vollständig verschwindet (S. meine XV. Abhandlung über die Collision der Beweise IV. §. 9. A. a. E.), so würde der Gegenbeweis bei eventueller Eidesdelation als materielle Gewissensvertretung erscheinen, der Eid würde daher dem Probanten gar keinen Nutzen gewähren, da es niemals zur Auflage desselben kommen könnte! —

Gunsten des Entkräftungsbeweises wider die Rechtsvermuthung machen.

vgl. v. Bayer S. 766—772.

Dieser eben besprochene Mißstand verschwindet nun aber vollständig, wenn wir dem Rechtsvermuther den Beweis auflegen; denn dann coinzidirt der objektive Begriff von Haupt- und Gegenbeweis mit dem formellen; der im Interlokut ausgesetzte Beweis ist immer auch der Beweis über die Wahrheit eines Angriffs oder Gegenangriffs, der daselbst vorbehaltene Beweis jedesmal der Beweis über die Unwahrheit eines solchen.

§. 7.

Ich glaube somit aus mehr als einem Grunde dargethan zu haben, daß Rechtsvermuthungen von der Beweisauflage im Interlokut nicht befreien, und daß daher dem Inhaber einer R. V. unter allen Umständen der Beweis des widersprochenen Angriffs oder Gegenangriffs aufgelegt werden müsse, für welchen die R. V. streitet, der Gegner mag nun die Prämissen derselben gleichfalls widersprechen oder zugeben. —

Es bleibt daher nur noch übrig, die Frage zu beantworten, ob es denn nicht völlig gleichgiltig ist, ob der anderweitige Beweis des Rechtsvermuthers als Antireprobation (wie nach der communis opinio), oder als Hauptbeweis (wie nach der hier verfochtenen Ansicht) erscheint? — Ob es nicht auf Dasselbe hinauskommt, ob der Rechtsvermuther seine anderweitigen Beweismittel als Reprobation wider den Entkräftungsbeweis des Gegners gebraucht, oder ob er sie als Hauptbeweis mit der Rechtsvermuthung verbindet? — Diese wichtige Frage muß meines Erachtens entschieden verneint werden. Ist der Rechtsvermuther mit seinem anderweitigen Beweis Reprobant (communis opinio), so muß definitive zu seinen Gunsten erkannt werden, weil er das letzte Wort gesprochen hat. Ist er aber Probant, so muß aus demselben Grund zu des Gegners Gunsten, oder doch auf einen Notheid (Suppletorium) des Probanten entschieden werden.

Nehmen wir z. B. an, der Beklagte habe das Darlehen zugestanden, die exc. solutionis vorgebracht, welche der Kläger widersprochen, und sich auf die R. V. der Zerreißung des Schuldscheins berufen, welche der Kläger eingeräumt. Wird nun nach der communis opinio dem Kläger der Beweis der Nichtzahlung auferlegt, welchen er durch 2 Zeugen liefert, und der Rechtsvermuther beweist nun die Zahlung ebenfalls durch 2 Zeugen, so muß caeteris omnibus paribus definitive zu Gunsten des letztern erkannt werden, resp. auf das Suppletorium des Gegners, wenn dessen Zeugen den Vorzug verdienen.

S. meine XV. Abhandlung
über die Collision der Beweise. §. 3 nr. 1—5.

Wird dagegen nach meinem Vorschlag dem Beklagten der Beweis der Zahlung aufgelegt, und dieser liefert ihn einmal durch die Berufung auf die R. V., und noch außerdem durch 2 Zeugen, der Kläger liefert aber gleichfalls durch 2 Zeugen den Beweis der Nichtzahlung, so kann, nach meinem Dafürhalten, nicht definitive zu Gunsten des Rechtsvermuthers gesprochen, sondern es muß auf das Suppletorium desselben erkannt, ja unter Umständen sogar definitive zu Gunsten des Gegners entschieden werden, wenn dessen Zeugen den Vorzug verdienen. Wir haben nämlich hier einen zusammengesetzten Hauptbeweis, bestehend aus einer Rechtsvermuthung und zwei klassischen Zeugen, dann einen einfachen Gegenbeweis, erbracht durch zwei klassische Reprobatorialzeugen. Welche Grundsätze gelten nun über die Entscheidung dieses Collisionsfalls? — Doch wohl die nämlichen, welche bei collidirendem einfachen Beweis und Gegenbeweis gelten. Diese sind aber folgende:

Bei collidirenden Beweisen, namentlich bei vollständig ausgefallenem Beweis und Gegenbeweis, werden die Beweismittel, sie mögen gleichartig oder ungleichartig sein, nicht mehr gezählt, sondern gewogen: 4 Probatorialzeugen beweisen nicht noch einmal so viel, als 2 Reprobatorialzeugen (A. M. zum Theil v. Bayer S. 988), sie beweisen aber doch mehr als diese, oder, was dasselbe ist, 2 Gegenbeweiszeugen beweisen weniger als 4 Beweiszeugen. Die größere Zahl der Zeugen auf Seite des Probanten gibt daher dem Hauptbeweis ein Uebergewicht, wel-

ches zwar nicht zur Fällung eines dem Probanten günstigen Endurtheils (A. M. v. Bayer a. a. O.), aber doch zur Auflage des Notheides an denselben berechtigt.

S. meine XV. Abhandlung §. 1.

Zunächst entscheidet jedoch nicht die Anzahl der Zeugen, sondern die größere Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen, die höhere Glaubwürdigkeit ihrer Person.

l. 1. §. 3 D. de test. c. 32 X. eodem.

Ist daher diese auf Seite des Reprobanten, so müssen die 2 Reprobatorialzeugen den 4 oder 8 Probatorialzeugen vorgezogen und also definitive zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden.

Wenn nun bei der Collision von 4 Beweis- und 2 Gegenbeweiszeugen der Beklagte und Reprobant verurtheilt werden muß, soferne dessen Zeugen wahrscheinlicher deponiren, dagegen dem Kläger der Notheid aufzulegen ist, wenn die Wahrscheinlichkeit der Aussagen und die Glaubwürdigkeit der Zeugen auf beiden Seiten gleich groß ist, — so muß ebenso in dem Fall entschieden werden, wenn der Probant und Kläger eine Urkunde und 2 Zeugen, oder, wie in unserem Fall, eine R. V. und 2 Zeugen für sich hat, da die erstere gerade so viel Beweis liefert, wie die letztere, und ein Gegenbeweis sowohl gegen die Urkunde, als gegen die R. V. zulässig ist. Es darf also nicht der Zeugen-Gegenbeweis vom Zeugen-Hauptbeweis subtrahirt und wegen der restirenden R. V. des Klägers der Beklagte verurtheilt, sondern es muß entweder der letztere losgesprochen werden, oder der Kläger den Notheid bekommen! —

Hieraus ergibt sich aber zur Genüge, daß der Streit über die Zuläßigkeit der reprobatio reprobationis bei Rechtsvermuthungen kein müßiger Schulstreit sein kann, sondern daß sich wichtige praktische Wirkungen daran knüpfen, indem es durchaus nicht gleichgiltig ist, ob der Rechtsvermuther seine anderweitigen Beweismittel mit der R. V. verbindet, oder ob er sie als Antireprobation wider den gegnerischen Entkräftungsbeweis gebraucht. —

B.

Vom Beweisurtheil bei Rechtsvermuthungen, wenn deren Untersatz angefochten wurde.

(Siehe meine Abhandlung v. J. 1853 in v. Linde's Zeitschrift Band 10 S. 269—290 und in den Blättern für RA. Bd. 15 S. 337 flgd. Meine vergleichende Darstellung &c. S. 131.)

§. 8.

I. Wenn sich eine Partei im Vorverfahren zur Unterstützung eines Angriffs oder Gegenangriffs auf eine R. V berufen, und der Gegner nicht nur den Angriff oder Gegenangriff, sondern auch den Untersatz der R. V. widersprochen hatte, so ist natürlich dem Inhaber der letzteren der Beweis aufzulegen, und der Beweissatz nicht auf die widersprochene Prämisse der Präsumtion, sondern auf den Schlußsatz, d. h. auf den Angriff oder Gegenangriff zu stellen, für welchen die R. V. streitet.

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 743 nr. 3.

Plank Lehre vom Beweisurtheil S. 279.

Zwar behauptet Plochmann in seiner

Einleitung in den bayer. Civilprozeß S. 209

das Gegentheil, weil nach Vorschrift der bayer. G. O. c. 12 §. 2 nr. 7 die faktische Prämisse der R. V. schon im Schriftenwechsel bei dem betr. Vortrag angeführt werden muß, wenn man sich ihrer überhaupt zum Beweise bedienen will. Allein jedenfalls würde man hiedurch die Rechte des Beweispflichtigen auf's Empfindlichste verletzen; man würde ihm, wenn er sich bereits im Vorverfahren auf die R. V. berufen, die direkte Beweisführung abschneiden und die künstliche aufdrängen; ja nach bayer. Recht, wo man die R. V. im Schriftenwechsel anführen muß, würde man ihm von vorneherein die Alternative stellen, seinen Angriff entweder bloß direkt, oder bloß künstlich zu beweisen, eine Verbindung beider Beweisführungen wäre schlechterdings unthunlich. —

II. Hat der Gegner des Rechtsvermuthers den Untersatz der R. V. zugegeben, aber eine Einrede gegen die Schlußfolgerung in ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall vorgebracht, und wurde letztere widersprochen, so ist nach der com-

munis opinio, wie im Fall A §. 2, dem Gegner der Beweis der Unwahrheit des Schlußsatzes, nach meiner Ansicht aber dem Rechtsvermuther der Beweis der Wahrheit seines Angriffs oder Gegenangriffs aufzulegen. Nehmen wir z. B. an, der Beklagte habe das Darlehen eingeräumt, die Einrede der Zahlung opponirt und sich auf die R. V. der Zerreißung des Schuldscheins berufen. Der Kläger habe replizirt: „Allerdings ist der Schein zerrissen, aber die Schuld ist doch nicht bezahlt, denn die Zerreißung geschah *rein zufällig*." Und der Beklagte habe in der Duplik den zufälligen Untergang des Scheins widersprochen, — so ist nach der herrschenden Ansicht dem Kläger den Beweis der Nichtzahlung aufzulegen, vorbehaltlich des direkten Gegenbeweises, nach *meiner* Ansicht aber dem Beklagten der Beweis der Zahlung. S. oben A. §. 1 flgd.

III. Geradeso, wie im Fall II., muß natürlich dann erkannt werden, wenn der Gegner Untersatz und Schlußsatz der R. V. widerspricht, eventuell aber eine Einrede gegen den ersteren opponirt. Wenn also im obigen Beispiel der Kläger in der Replik gesagt hätte: „Die Schuld wurde nicht zurückgezahlt, auch habe ich den Schein nicht zerrissen, angenommen jedoch, ich hätte es gethan, so geschah es unabsichtlich," — so dürfte nicht im *Plochmann*'schen Sinn interloquirt werden: „Beklagter habe die Zerreißung des Scheins, eventuell habe Kläger den zufälligen Untergang darzuthun," — sondern es müßte erkannt werden: „Beklagter habe die Bezahlung zu erweisen, salva reprobatione directa.« Würde dann der Beklagte über die Zerreißung des Scheins Beweis antreten, so hätte der Kläger die Wahl, innerhalb der Reprobatorialfrist mit seinem Gegenbeweis entweder das Beweisthema selbst, oder nur das Beweismittel der R. V. anzugreifen, d. h. entweder: a) die Nichtzahlung zu beweisen, oder b) die Nichtzerreißung des Scheins, resp. den zufälligen Untergang desselben. —

§. 9.

In den bisher erörterten Fällen (A und B nr. I — III.) wurde stets *auf den Beweis des Schlußsatzes*, und nicht der Prämisse der R. V. interloquirt. Wir kommen nun an die

Fälle, in welchen umgekehrt auf den Beweis der Prämisse, und nicht des Schlußsatzes zu sprechen ist. Meines Erachtens darf dieß nur dann geschehen, wenn sich aus den bisherigen Vorträgen unzweideutig ergibt, daß die Parteien nur die Prämisse der R. V., keineswegs aber den daraus gefolgerten Satz in seiner Allgemeinheit zum Gegenstand des Streits und der Contestation machen wollen.

Uebereinstimmend hiemit war Seuffert in der 1. Aufl. des Commentars. Dagegen lehrte v. Bayer in der 7. Aufl. S. 433, die Beschränkung des Interlokuts auf die Prämisse sei schon dann zu rechtfertigen, wenn sich aus den bisherigen Vorträgen ergibt, daß der Inhaber der R. V. nur jene Prämisse zum Gegenstand der Contestation machen wolle. In der 8. Auflage S. 743 a. E. ist aber v. Bayer meiner Ansicht beigetreten, welche ich in den

Blättern für Rechtsanwendung Bd. 15 S. 341 flgd.,
dann in v. Linde's Zeitschrift a. a. O. S. 277 flgd.,
und in meiner vergl. Darstellung S. 132—134

vertreten habe. Dagegen hat sich Seuffert in den Bl. für RA. a. a. O. (in der Nachschrift zu meinem Aufsatz S. 344—346) und neuerdings in der 2. Aufl. seines Commentars Bd. 3 S. 12 Abs. 3 und Note 14 auf die entgegengesetzte Seite gestellt. Während also Seuffert behauptet, so oft das Vorbringen des Rechtsvermuthers keinen Zweifel darüber läßt, daß er zum Beweis seiner Klage, Einrede ꝛc. ꝛc. nichts Anderes als die R. V. geltend machen wolle, sei der Beweissatz auf die abgeläugnete Prämisse der R. V. zu stellen, — behaupte ich jetzt, wie früher, das Beweisinterlokut auf den widersprochenen Untersatz der R. V. sei nur dann zulässig, wenn sich der Streit beiderseits bloß um die Präsumtion dreht.

Wenn sich also der Kläger in seiner Klageschrift, oder der Beklagte in der Exception auf eine R. V. beruft, und bloß die Prämisse denselben, nicht den Schlußsatz zum Gegenstand der Contestation macht, m. a. W., wenn er seinem eigentlichen Angriff oder Gegenangriff die faktische Prämisse der R. V. substituirt, und der Gegner diesem Ansinnen entspricht, indem er:

I. Diese Prämisse einfach widerspricht, ohne den Schlußsatz aufzudecken und abzuläugnen, — so ist auf die widersprochene Prämisse der R. V. zu interloquiren. Wenn sohin der Beklagte excipirt:

„Allerdings hat mir der Kläger 1000 fl. dargeliehen und habe ich ihm einen Schuldschein hierüber ausgestellt; allein er selbst hat ja im vorigen Monat den Schein zerrissen und kann folglich nichts mehr fodern."

Und der Kläger hierauf replizirt:

„Die Vernichtung des Scheins muß ich in Abrede stellen, ich beharre daher auf meiner Foderung;" —

so muß interloquirt werden:

„Beklagter habe zu erweisen, daß Kläger den Schuldschein zerrissen habe."

Und nicht:

„Beklagter habe die Zurückzahlung oder Tilgung der Schuld zu beweisen."

Denn hier haben beide Theile auf die R. V. compromittirt, diese hat daher die Natur einer Vermuthung völlig abgelegt, d. h. sie erscheint nicht mehr als Beweismittel des Gegenangriffs, sondern als rechtserzeugende Thatsache, als der Gegenangriff selbst. Der Beklagte verlangt Entbindung von der Klage, nicht weil die Schuld bezahlt, oder nachgelassen, sondern weil der Schein zerrissen ist; und der Kläger verlangt die Verurtheilung des Beklagten, weil er diese Behauptung, die Zerreißung des Scheins, für unwahr hält.

Aus Satz I folgt dann:

II. Wenn der Gegner die Prämisse der R. V. zugibt, oder eine Einrede gegen die Schlußfolgerung opponirt, und diese vom Rechtsvermuther widersprochen wird, so ist dem Gegner der Beweis dieser Einrede aufzulegen. Wenn also im obigen Beispiel der Kläger replicirt:

„Der Schein ist allerdings zerrissen, es geschah das aber in Folge eines Zufalls"

und der Beklagte in der Duplik letzteres abläugnet, so muß interloquirt werden:

„Kläger habe den zufälligen Untergang des Scheins darzuthun.“

Aus den Sätzen I. und II. folgt dann:

III. Wenn der Gegner die Prämissen der R. V. widerspricht und eventuell eine Einrede opponirt, so ist dem Rechtsvermuther der Beweis der Prämisse, und binnen derselben Frist eventuell dem Gegner der Beweis seiner Einrede aufzulegen, soferne sie der Rechtsvermuther widersprochen hat.

Wenn daher der Kläger im obigen Beispiel replicirt:

„Der Schein ist nicht zerrissen worden, angenommen jedoch, er wäre es, so war ein Zufall im Spiele.“

Und der Beklagte duplicando den Zufall läugnet, — so muß interloquirt werden:

„Beklagter habe binnen 30 Tagen zu beweisen, daß der Schein zerrissen wurde; binnen derselben Frist habe eventuell der Kläger zu beweisen, daß der Schein zufällig untergegangen sei.“

Wenn aber:

IV. Der Gegner nicht nur die Prämisse der R. V. abläugnet, welche die Partei ihrem Angriff oder Gegenangriff substituirt hatte, sondern auch den daraus zu ziehenden Schluß aufdeckt und mit Widerspruch belegt, so darf dem Rechtsvermuther nicht der Beweis der Prämisse, sondern es muß ihm der Beweis des Schlußsatzes aufgelegt werden. Wenn also der Beklagte excipirt:

„Du kannst nichts mehr fodern, weil du den Schuldschein zerrissen hast.“

Und der Kläger dann replicirt:

„Den Schein habe ich nicht zerrissen, angenommen jedoch, ich hätte es gethan, so ist die Schuld dennoch nicht aufgehoben“

so muß dem Beklagten der Beweis der Tilgung seiner Schuld aufgelegt werden, salva reprobat. directa; denn nun ist die Prämisse der R. V. nicht von beiden Theilen, sondern bloß vom Beklagten allein zum Gegenstand der Contestation gemacht worden.

Ebenso muß erkannt werden:

V. Wenn der Gegner die Prämisse der R. R. widerspricht, eventuell eine Einrede gegen die Schlußfolgerung vorbringt und subventuell den Schlußsatz aufdeckt und abläugnet, — wenn also der Kläger im obigen Beispiel replicirt:

„Den Schein habe ich nicht zerrissen, angenommen jedoch, ich hätte es gethan, so geschah es rein zufällig, und angenommen selbst, ich könnte letzteres nicht beweisen, so bin ich erbötig, darzuthun, daß trotzdem die Schuld noch fortbestehe." —

Der Einwurf, dem Beklagten werde in nr. IV. und V. eine Thatsache zum Beweis aufgegeben, die er gar nicht behauptet hat und auch nicht behaupten wollte, — verschwindet, wenn man erwägt, daß es nicht darauf ankomme, was der Beklagte behauptet hat, sondern darauf, was er hätte behaupten sollen. Der Beklagte sagte bloß:

„Der Schein ist zerrissen, folglich bin ich von der Klage zu entbinden."

Er hätte also den speziellen Tilgungsgrund angeben und also sagen sollen:

„Die Schuld ist bezahlt (oder nachgelassen, oder compensirt), was schon daraus hervorgeht, daß der Schein zerrissen wurde."

Da der Beklagte das nicht gethan hat, so stehen dem Kläger 3 Wege offen; er kann entweder:

a) Auf Verwerfung der Exception wegen mangelnder Substanzirung, resp. auf Ergänzung derselben antragen. Oder er kann:

b) Dem Ansinnen des Beklagten willfahren und bloß die Prämisse der R. V. zum Gegenstand der Contestation machen, wo dann die abgeläugnete Prämisse zum Beweis aufgegeben werden muß.

Der Kläger kann aber auch (was er eben in unserem Fall gethan hat):

c) Gegen die Substituirung der Prämisse protestiren, d. h. die fehlende Schlußfolgerung statt des Beklagten ziehen, und sie dann sammt der Prämisse mit Widerspruch belegen. Hier muß

auf den Beweis des Schlußsatzes interloquirt werden, sei es nun der Tilgung der Foderung, wenn Kläger sich begnügt, diese letztere statt des Beklagten zu behaupten und zu widersprechen, — oder auf den Beweis des speziellen Tilgungsgrundes, welchen der Kläger (in der Replik), resp. der Beklagte (in der Duplik) angegeben hat.[11])

Anderer Meinung ist, wie schon gesagt, Seuffert in den Bl. f. RA. und in der 2. Auflage seines Commentars. (S. oben S. 236.)

1) Seuffert behauptet im Commentar Thl. III. S. 12 Note 14, es sei zwar in der Regel nothwendig, einen speziellen Tilgungsgrund der Foderung anzugeben, nach fr. 24 D. de probat.[12]) trete jedoch eine Ausnahme ein, wenn der verklagte

---

[11]) Replizirt nämlich der Kläger:

„den Schein habe ich nicht zerrissen. Angenommen jedoch, ich hätte ihn vernichtet, so geschah das in Erwartung baldiger Zahlung, die aber nicht erfolgt ist.“ *)

Und duplicirt dann der Beklagte:

„Gerade das muß ich widersprechen, daß die Zahlung nicht erfolgt ist, auch beharre ich auf meiner Behauptung, daß der Schein zerrissen worden,“

so liegt in jener Negation die nachträgliche Behauptung der Zahlung, die schon in der Exception hätte vorgebracht werden sollen, und daher auch zum Beweis auszusetzen ist.

Duplicirt aber der Beklagte:

„Nicht in Erwartung baldiger Zahlung, sondern wegen bereits erfolgten Nachlaß der Schuld wurde der Schein zerrissen,“

so muß dem Beklagten der Beweis des Nachlasses aufgelegt werden.

[12]) »Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tantum quantitatem, quam manifestis probationibus sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.«

---

*) Anmerkung zur Note 11.:

Oder: „Aus der behaupteten Zerreißung des Scheins hätte Beklagter auf die Bezahlung der Schuld schließen, und die exc. solutionis opponiren sollen. Nun ist aber der Schein nicht zerrissen worden, und selbst angenommen, er wäre es, so ist die Schuld dennoch nicht bezahlt, überhaupt nicht getilgt worden, ich bitte daher um die Verurtheilung des Beklagten.“

Schuldner seine Befreiung auf Grund der Durchstreichung des Schuldscheins behauptet.

Allein diesem letzten Satze kann ich nur bedingt beipflichten. Wenn der Gegner darauf eingeht, darf der Rechtsvermuther freilich die faktische Prämisse der praesumtio juris seinem eigentlichen Angriff oder Gegenangriff substituiren, aber nur dann, wenn der Gegner darauf eingeht, wenn also beide Theile auf die R. V. compromittiren. Ist dieses nicht der Fall, verlangt der Gegner die Hereinziehung des Schlußsatzes und die Angabe des speziellen Tilgungsgrundes, so muß die Exception ad emendandum zurückgegeben, resp. verworfen werden, wenn diesem Ansinnen nicht entsprochen wird. Aus dem allegirten Pandektenfragment wenigstens folgt gewiß nicht das Gegentheil. Dasselbe sagt bloß, daß die R. V., kraft welcher aus der Durchstreichung des Scheins auf die Tilgung der Schuld gefolgert wird, nur solange gilt, bis das Gegentheil nachgewiesen wird. Zwar drückt sich Modestinus in der l. 24 ganz allgemein aus: die R. V. streitet nicht für einen speziellen Tilgungsgrund, z. B. für die Bezahlung, Compensation, oder Nachlaß, sondern überhaupt für die Tilgung der Schuld. Und ganz natürlich! Denn durch die Zerreißung oder Durchstreichung des Scheins wird der Nachlaß geradesogut manifestirt, wie die Zahlung, Compensation oder Novation. Allein daraus folgt doch gewiß nicht, daß der Schuldner in der Exception keinen speziellen Tilgungsgrund anzugeben, ja daß er nicht einmal von der Tilgung der Foderung zu sprechen brauche. Hiezu ermächtigt ihn die l. 24 gewiß nicht. Hierüber und über die Construktion des Beweisinterlokuts [13]) sagt ja die fragliche Stelle kein Wort; sie spricht nicht vom Schriftenwechsel und ersten Urtheil, sondern vom Beweisverfahren; sie sagt nicht, daß der Beklagte in der Exception statt der Einrede der Zahlung die R. V. der Durchstreichung des Scheins vorbringen dürfe, sondern sie sagt, daß der Beklagte, wenn die Durchstreichung des Scheins zugestanden oder bewiesen wurde, dennoch verurtheilt werden müsse, obgleich ihm dann

[13]) Beweisinterlokute im heutigen Sinn kannte das Röm. Recht gar nicht.

eine R. V. für die Tilgung der Schuld zur Seite steht, soferne der Kläger darthun kann, daß die Schuld noch fortbestehe. Die Pandektenstelle spricht also nicht von der Vorbringung der R. V. im Schriftenwechsel, sondern von ihrer Benützung und Entkräftung im Beweisverfahren. Der Beklagte ist daher verpflichtet, auf Verlangen des Klägers den speziellen Aufhebungsgrund anzugeben. —

2) Seuffert behauptet a. a. O. S. 12, daß, wenn der Beklagte der Einrede der Zahlung oder des Nachlasses die Berufung auf die R. V. des durchstrichenen Schuldscheins substituirt, der Beweissatz nicht auf die Tilgung der Foderung (auf den Schlußsatz der R. V.), sondern auf die abgeläugnete Prämisse der R. V. (auf die Durchstreichung des Scheins) zu stellen sei.

Allein angenommen auch, der spezielle Tilgungsgrund der Foderung brauche nicht angegeben zu werden, so darf doch, meines Erachtens, niemals auf den Untersatz der R. V. interloquirt werden (wie Seuffert will), sondern es muß immer auf den Schlußsatz (Aufhebung der Foderung) erkannt werden, wenn der Gläubiger gegen die Substituirung der Prämisse protestirt, d. h. wenn er die Durchstreichung des Scheins widerspricht, trotzdem aber und abgesehen hievon das Fortbestehen der Schuld behauptet.

Freilich sagt Seuffert in den Bl. f. RA. S. 346:

„Hat sich der Kläger für den Fall, daß die Durchstreichung des Schuldscheins nachgewiesen werde, zum Beweise des Fortbestehens der Foderung erboten, so ist ihm dieser auf Entkräftung der R. V. gerichtete Beweis nach Art eines Einredebeweises eventuell aufzulegen."

Und im Commentar Th. III. S. 12 Note 13 sagt er:

„Daß auch der Gegner damit einverstanden sei, es solle sich der Streit lediglich um die Präsumtion drehen, ist nicht erforderlich. Nur für den Gegenbeweis kommt es in Betracht, wenn der Gegner die Wirksamkeit der R. V. noch auf andere Weise, als durch Nachweisung des Nichtseins der Prämisse beseitigen will. Vgl. die Bl. f. RA. B. 15 S. 343 flgd."

Demnach wäre im Sinne Seuffert's zu interloquiren:

„Beklagter habe binnen 30 Tagen zu beweisen, daß der Schuldschein zerrissen ist. Eventuell habe binnen derselben Frist Kläger zu beweisen, daß die Schuld nicht getilgt worden sei."

Interloquirt man aber in dieser Weise, so muß es dem Beklagten noch erlaubt sein, gegen den klägerischen Beweis des Fortbestehens der Forderung[14]), da dieser den Charakter eines Einrede- und also Hauptbeweises hat, den Gegenbeweis der Tilgung zu versuchen. Hierin würde aber eine rechtswidrige Beeinträchtigung des angegriffenen Theils, hier des Klägers liegen; denn der Beklagte als angreifender Theil darf diesen Gegenbeweis nur dann führen, wenn er von der Beweislast und Beweisauflage frei ist; das ist er aber nach meiner Ansicht überhaupt nicht und auch nach der communis opinio bloß dann, wenn die Prämissen seiner R. V. zugestanden oder notorisch sind. Da dieß aber hier nicht der Fall ist, weil Kläger die Durchstreichung des Scheins ausdrücklich widersprochen hat, so muß den Beklagten der Beweis der Aufhebung der Schuld treffen, welchen er dann auf doppelte Weise antreten kann, einmal durch die Berufung auf die R. V. und den Nachweis ihres Untersatzes, und dann durch unmittelbaren Beweis der Zahlung, oder Compensation, oder des Nachlasses. Tritt nun der Beklagte seinen Beweis auf künstliche Weise, durch Nachweis der Vermuthungsprämissen an,

[14]) Freilich ist es dem Gläubiger, wenn kein gegnerisches Geständniß vorliegt, und er sich nicht der Eidesdelation bedienen will, nahezu unmöglich, den Beweis des Fortbestehens der Forderung, ihre Nichtaufhebung durch irgend einen der möglichen Tilgungsgründe zu führen, und ist der Beweis ungleich leichter, daß die Schuld nicht bezahlt, oder nicht compensirt, oder nicht nachgelassen worden sei. Allein, wie sub 1 gezeigt wurde, hat es ja der Kläger in seiner Gewalt, den Beklagten zur Angabe des speziellen Aufhebungsgrundes zu zwingen, und auf diese Weise statt des auf die Tilgung der Forderung gestellten Beweisurtheils ein Interlokut zu erhalten, welches auf die Bezahlung, Compensation, oder auf den Nachlaß der Schuld gerichtet ist, und das also dem Kläger den Gegenbeweis der Nichtzahlung 2c. 2c. ermöglicht. —

und beweist der Gläubiger sodann das Fortbestehen seiner Foderung, so ist das ein direkter Gegenbeweis, gegen den nach der bekannten Regel »reprobatio reprobationis non datur« kein weiterer Gegenbeweis mehr zulässig ist. Dem Gläubiger ist daher der Beweis des Fortbestehens der Foderung nicht eventuell nach Art eines Einredebeweises, wie Seuffert vorschlägt, aufzulegen, sondern als direkter Gegenbeweis vorzubehalten.

Im Commentar Th. III. S. 13 Note 14 sagt Seuffert freilich:

„Bei diesem dem Gläubiger in fr. 24 de probat. vorbehaltenen Beweise (»sibi adhuc deberi«) handelt es sich nicht davon, nachzuweisen, daß die Foderung durch keinen der möglichen Tilgungsgründe, weder durch Zahlung oder Compensation, noch durch Negation oder Nachlaß ꝛc., erloschen sei, sondern nur von Darlegung solcher Umstände, aus welchen sich die Ueberzeugung begründet, daß die Durchstreichung des Schuldscheins ohne Beziehung auf eine eingetretene Schuldtilgung stattgefunden habe. Die »manifestae probationes« des fr. 24 D. de probat. sollen auch nicht das direkte Gegentheil der Prämisse der R. V. darthun (was jedoch dem Gläubiger unverwehrt ist), sondern diese Prämisse indirekt (durch Bezugnahme auf die besonderen Umstände des gegebenen Falls und deren Erprobung) wirkungslos machen. Eben daraus folgt, daß ein Gegenbeweis gegen die manifestae probationes nicht ausgeschlossen ist. Vgl. die Bl. f. RA. a. a. O."

Allein gegen diese Auffassung und Auslegung des fr. 24 D. de probat. muß ich mich feierlichst verwahren. Das Interlokut im Sinn Seufferts:

„Eventuell habe Kläger zu beweisen, daß die Schuld nicht getilgt worden sei"

und ebenso die Worte des fr. 24:

»— — in eam tantum quantitatem quam manifestis probationibus sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur«

beziehen sich nicht auf jenen Gegenbeweis, der auf Anfechtung

der Beweismittel — hier der R. V. — gerichtet ist, sondern bloß auf jenen Gegenbeweis, der die Unwahrheit des gegnerischen Angriffs (der Tilgung der Schuld) zum Gegenstande hat, der auf die Negative des Beweisthema's geht. Hat daher der Gläubiger bloß dargethan, daß die Durchstreichung des Schuldscheins ohne Beziehung auf eingetretene Schuldtilgung stattgefunden habe (sei es zufällig, scherzweise oder irrthümlich), so hat er freilich den durch die R. V. erbrachten Beweis der Zahlung entkräftet, aber durchaus nicht dargethan, daß die Schuld nicht gezahlt, nicht getilgt worden sei, daß folglich der Gegner noch sein Schuldner sei (»sibi adhuc deberi«). Die »manifestae probationes« des fr. 24 sollen freilich nicht „das direkte Gegentheil der Prämisse der R. V. darthun" (wie Seuffert sagt), aber ebensowenig diese Prämisse „indirekt wirkungslos machen", sondern sie sollen, ohne die Rechtsvermuthung anzugreifen, direkte oder indirekte die Fortdauer der Schuld darzuthun! — Eben daraus folgt aber dann, daß der Gegenbeweis gegen die »manifestae probationes« ausgeschlossen ist. —

Es bleibt jetzt noch die Besprechung des letzten Falles übrig. Wenn:

VI. Der Gegner die Prämisse der R. V. zugibt, den daraus zu ziehenden Schluß aber aufdeckt oder widerspricht, sei es mit oder ohne Vorschützung einer Einrede gegen die Schlußfolgernng, — so ist nach meiner Ansicht dem Rechtsvermuther der Beweis des widersprochenen Schlußsatzes aufzulegen, nach der communis opinio aber dem Gegner der Beweis der Fortdauer der Schuld. Wenn also der Beklagte excipirt:

„Du kannst nichts fodern, denn du selbst hast den Schein zerrissen."

Und der Kläger (statt auf die Angabe des speziellen Tilgungsgrundes der Foderung anzutragen) replizirt:

„Ich habe den Schein allerdings zerrissen, aber deßhalb ist die Schuld doch nicht getilgt."

Oder:

„Ich habe den Schein allerdings zerrissen, aber nicht absichtlich, sondern rein zufällig. Angenommen aber auch, ich hätte ihn absichtlich zerrissen, so geschah das in Er-

wartung baldiger Tilgung der Foderung, und die ist nicht erfolgt", —

so muß meines Erachtens erkannt werden:

„Beklagter habe die Tilgung der Schuld darzuthun;"

nach der herrschenden Ansicht aber:

„Kläger habe zu beweisen, daß die Schuld noch fortbestehe."

Die Gründe hiefür liegen zum Theil in dem vorhin Gesagten, zum Theil auch in dem sub A §. 1 Ausgeführten. —

C.

Beweis der Vermuthungsprämissen.

(Siehe meine Abhandlung in Linde's Zeitschrift Bd. 10 S. 290 flgd.)

§. 10.

Bei einfachen Vermuthungen.

Hierüber sagt Renaud im Lehrbuch S. 255 nach Genslers und Langenbecks Vorgang:

„Da der Beweis der Indicien (Prämissen), wenn er unvollständig gelungen, einen nothwendigen Eid veranlassen kann, so ist bei einem Beweis durch Schlußfolgerungen die Auflage eines doppelten Notheides möglich, nämlich eines solchen, der sich auf den Beweis der Prämisse, und eines andern, der sich auf die prozessualisch relevante Thatsache bezieht."

vgl. Gensler im Archiv für civil. Praxis IV. S. 299. Langenbeck Beweisführung I. S. 199 Bd. II. S. 408 a. E. [15])

---

[15]) Langenbeck a. a. O. beruft sich zwar auf ein Lübecker OAGE., welches Seufferts Archiv Bd. 4 N. 264 mittheilt. Es handelt sich dort nach angestellter actio Pauliana um den Beweis, daß Beklagter bei einem fraglichen Lederkaufe von der betrüglichen Absicht des. J. S. gegen seine Gläubiger Kenntniß gehabt habe, zu welchen Ende Produzent verlangte, daß sein Gegner über mehrere facta deferirte Eide schwöre, aus denen die zu beweisende mala fides gefolgert werden sollte. —

Dagegen lassen sich aber drei gewichtige Gründe geltend machen:

1) Der bekannte Grundsatz des kanon. Rechts, daß überflüssige Eide zu vermeiden sind. Wenn die Vermuthung im konkreten Fall mehr als halbe Probe liefert und ihre Prämisse selbst über die Hälfte erwiesen ist, so bildet die Ableistung des Suppletoriums über die Prämisse die Uebergangsbrücke zur Ableistung des Ergänzungseides in der Hauptsache.

2) Jeder Haupteid soll die Beweisführung in Bezug auf den jeweiligen Angriff oder Gegenangriff zu Ende bringen, es geht daher nicht an, die Auflage des Haupteides als Vorbereitung für eine andere Eidesleistung zu gebrauchen. Endlich:

3) Darf beim künstlichen Beweis der Eid überhaupt nicht (und abgesehen von den beiden vorhergehenden Gründen) über die Prämisse deferirt und aufgelegt, sondern muß über das Hauptfactum zugeschoben und injungirt werden. S. hierüber unten §. 11. —

Mit Recht lehrt daher Seuffert im Commentar Th. III. S. 237 der 1ten und S. 300 der 2ten Auflage:

„Was den Beweis der Prämissen bei gemeinen Vermuthungen betrifft, so ist der Gebrauch des Haupt- oder eines nothwendigen Eides unstatthaft, wenn solcher in der Hauptsache kein weiteres Resultat liefern würde, als die Zuerkennung eines nothwendigen Eides über das zu beweisende Hauptfactum. Es widerstreitet der auf unmittel-

---

Allein man darf nicht übersehen, daß hier kein wirklicher Vermuthungsbeweis in Frage steht, sondern eigentlich ein Indizienbeweis, weil nicht sofast ein Schluß von einer Thatsache auf die andere zu ziehen, als nur die besondere Beschaffenheit einer Thatsache aus einzelnen Merkmalen und Umständen zu beurtheilen ist, wie insbesonders bei Modalitäten des innern Willensakts, worüber eine Beweisführung aus sinnlicher Wahrnehmung nicht möglich ist.

vgl. Seuffert Commentar III. S. 286.

Bei diesem Indizienbeweis cessiren denn auch alle jene Gründe, welche im Text oben gegen die Zuläßigkeit des Eides bezüglich der Vermuthungsprämißen angeführt wurden!

bare Herbeiführung des Endresultates gerichteten Bestimmung der gedachten Eide bloß als Mittelglied, als Vorbereitung für andere Eidesleistungen gebraucht zu werden." [16])

Zum Theil abweichend hievon lehrt Plochmann in seiner Einleitung in den bayer. Civilprozeß S. 210:

„Der Beweis einer Präsumtion wird durch die gewöhnlichen Mittel geführt, nur bei einer einfachen Vermuthung ist sowohl der freiwillige als nothwendige Eid ausgeschlossen, wenn seine Ableistung die Folge hätte, daß über das Hauptfactum noch ein Eid geschworen werden müßte."

Die einschränkende Voraussetzung, an welche Plochmann den Ausschluß der Eide knüpft, ist meines Erachtens zu enge

---

[16]) Seuffert sagt, die Bestimmung der gedachten Eide sei auf unmittelbare Herbeiführung des Endresultat's gerichtet, und in diesem Sinn sprechen sich auch die oben allegirten Digestenstellen aus. Ich halte es jedoch für richtiger, zu sagen, die Bestimmung der gedachten Eide sei darauf gerichtet, die Beweisführung bezüglich des jeweiligen Angriffs oder Gegenangriffs zu Ende zu bringen. Denn wenn Klage und Einrede beide unvollständig erwiesen wurden, so muß der Nothеid über die Klage aufgelegt werden, obgleich derselbe das Endresultat nicht unmittebar herbeiführt, vielmehr nur die Uebergangsbrücke zum Notheid des Gegners bildet. Das Ende des Prozeßes führt er also nicht herbei, aber die Beweisführung über die Klage bringt er zum Abschluß! —

Wenn Klage und Einrede beide mehr als halb erwiesen wurden, so bildet das Suppletorium des Klägers nicht nur die Uebergangsbrücke zum Suppletorium des Beklagten, sondern wir erhalten hier sogar einen überflüssigen Eid, was Alles größtentheils vermieden würde, wenn wir den Beklagten beginnen ließen. Allein der Beklagte hat hier ein Recht zu verlangen, daß der Kläger mit dem Eid beginne

S. die Abhandlung XVI;

wogegen im vorliegenden Fall, wo nicht die Person des Juranten, sondern die Eidesformel in Frage kömmt, der Produzent kein Recht darauf hat, auf dem Suppletorium über die Prämisse zu bestehen, oder überhaupt das Suppletorium zu bekommen, wenn er in der Hauptsache kaum $1/2$ Beweis geliefert hat, der Produzent aber noch weniger ein Interesse daran haben kann, auf dem Suppletorium des Probanten über die Prämiße zu bestehen, da dieser dann doch zum Suppletorium über das Hauptfactum resp. er (der Produzent) zum Purgatorium gegen dasselbe kommt. S. den Text oben. —

gefaßt; ich bin mit Seuffert der Ansicht, daß bei gemeinen Vermuthungen der Gebrauch jener Eide überhaupt unzulässig sei, also nicht bloß dann, wenn ihre Ableistung die Auflage eines Notheides über das Hauptfactum nach sich zieht, sondern auch dann, wenn ihre Verweigerung dieses Resultat hat; — weil auch die Rekusation eines solchen Eides nach der Bestimmung derselben das Endresultat unmittelbar herbeiführen soll, soferne dem betr. Angriff kein Gegenangriff entgegensteht, und weil daher auch die Rekusation nicht als eine Vorbereitung für eine andere Eidesleistung dienen soll. Es heißt im fr. 24 §. 6 u. 9 D. de jurejur.:

»Cum res in jusjurandum demissa sit, judex jurantem absolvit; referentem audiet et si actor juret, condemnet reum; nolentem jurare reum, si solvat, absolvit, non solventem condemnat, ex relatione non jurante actore, absolvit reum.«

vgl. auch fr. 40 eodem.

Was dann vom Beweis der Vermuthungsprämissen gilt, das gilt auch vom Beweis eines außergerichtlichen Geständnisses, welches keine volle Probe liefert. Auch hier wird aus den angegebenen Gründen der Gebrauch des Schiedseid's und der Notheide unstatthaft sein.[17])

A. M. Renaud Lehrbuch S. 259.

---

[17]) Dasselbe Verhältniß kann bisweilen sogar bei jenem künstlichen Beweise vorkommen, der nicht bloß zur Wahrscheinlichkeit, sondern zur vollen Gewißheit führt. Nehmen wir z. B. an, der Kläger habe über die ihm zum Beweis verstellte Injurie dem Beklagten den Eid deferirt, dieser habe die Gewissensvertretung gewählt und ein Alibi zu beweisen versucht. Der Alibibeweis ist kein bloßer Vermuthungsbeweis, sondern ein Beweis der Evidenz. Ist derselbe nun unvollständig gelungen, so können die Notheide nicht über die Prämisse des künstlichen Beweises, sondern müssen über den Schlußsatz aufgelegt werden. Denn würde man:

a) dem Beklagten das Suppletorium über das Alibi auflegen, so hätte die Verweigerung desselben die Folge, daß er nun den Rekurs zum Schiedseid nehmen würde, während doch die Haupteide das Endresultat unmittelbar herbeiführen sollen. Würde man aber:

b) dem Kläger das Purgatorium gegen den Alibibeweis geben, so hätte

Indessen hat dieser Lehrsatz einen rein negativen Charakter; er sagt nicht, wie denn eigentlich in dergleichen Fällen zu entscheiden sei, sondern bloß, wie nicht entschieden werden dürfe. Was nun zunächst den Schiedseid betrifft, so versteht es sich freilich von selbst, daß derselbe, da er über die Vermuthungsprämisse, oder über die Existenz des Geständnisses nicht deferirt werden darf, über den zu beweisenden Satz selber deferirt werden müsse. Was aber den Gebrauch der Notheide anbelangt, so frägt es sich, ob in der Hauptsache das Suppletorium oder das Purgatorium aufzulegen, oder ob nicht etwa definitive gegen den Produzenten zu erkennen sei, wenn die Prämisse einer einfachen Vermuthung oder die Existenz eines außergerichtlichen Geständnisses unvollständig bewiesen wurde. Die Antwort auf diese Frage wird natürlich verschieden ausfallen, je nachdem die Vermuthung, resp. das Geständniß mehr als halben oder weniger als halben Beweis liefert, je nachdem seine Existenz über die Hälfte oder unter der Hälfte erwiesen ist. Das Meiste hiebei muß freilich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden, doch dürften sich für dasselbe folgende allgemeine Grundsätze aufstellen lassen:

1) Nehmen wir an, die Vermuthung oder das Geständniß liefere nach der Ansicht des Richters mehr als halben Beweis und sei selbst halb oder mehr als halb erwiesen.

Hier wird das Suppletorium oder Purgatorium in der Hauptsache aufzulegen sein. Denn das Suppletorium

---

die Ableistung desselben die Folge , daß nun der Schiedseid aufgelegt würde, wodurch überdieß möglicherweise ein überflüssiger Eid geschworen würde.

Es muß daher der Notheid über den Schlußsatz, d. h. über das Beweisthema aufgelegt werden. Würde also den Beklagten und Delaten das Suppletorium über das Alibi treffen (Fall a), so muß er das Suppletorium darüber ableisten, daß er nicht injurirt habe; denn hätte er das Alibi ganz erwiesen, so hätte er auch vollständig dargethan, daß er nicht injurirt haben konnte; da er aber das Alibi über die Hälfte erwiesen, so hat er auch über die Hälfte dargethan, daß er nicht injurirt haben konnte! —

S. die Abhandl. XIV. sub. VI. nr. 1. a. E. nr. 2. lit. a. a. E.

S. auch S. 252 a. E.

über die Vermuthungsprämisse, oder die Existenz des Geständnisses ist, abgesehen von dem oben angeführten, aus der Bestimmung der Haupteide abgeleiteten Grunde, schon um deßwillen unzulässig, weil hiedurch der Satz »juramenta superflua sunt evitanda« verletzt würde. Die Ableistung des Suppletorii über das Geständniß würde nämlich dem Probanten erst den Weg zur Ableistung des Suppletorii in der Hauptsache bahnen. Da demnach der unvollständige Prämissenbeweis durch den Eid nicht ergänzt werden kann, so wird man den Fall geradeso ansehen müssen, als wenn in der Hauptsache netto halber Beweis erbracht worden wäre; der mehr als halbe Beweis, welchen die Vermuthung oder das Geständniß liefern würde, wenn hierüber voller Beweis erbracht worden wäre, wird durch den über die Hälfte gelungenen Prämissenbeweis auf einen halben Beweis herabgedrückt, und die Sache steht also geradeso, als wenn in der Hauptsache ein Beweis geliefert worden wäre, der weder den Produzenten zum Suppletorium, noch den Produkten zum Purgatorium berechtigt. Ob nun das eine oder andere aufzulegen sein wird, das hängt von der Individualität des conkreten Falls und vom richterlichen Ermessen ab. Der Richter wird sich hier an die bekannten Regeln zu halten haben, welche die Doktrin für den Fall aufstellt, wenn netto halber Beweis geliefert wurde. Es wird nämlich bei der Wahl zwischen Purgatorium und Suppletorium zunächst die größere Sachkenntniß, dann die größere persönliche Glaubwürdigkeit, und caeteris omnibus paribus der Satz »in dubio pro reo« den Ausschlag geben.

2) Wenn das Geständniß mehr als halben Beweis liefert, aber selbst nur weniger als halb erwiesen wurde, so wird wohl dem Produkten das Purgatorium in der Hauptsache aufzulegen sein.

3) Liefert endlich das Geständniß bloß eine halbe Probe, so wird dem Produkten das Purgatorium in der Hauptsache aufzulegen sein, wenn seine Existenz mehr als halb erwiesen wurde. Dagegen wird wohl definitive gegen den Produzenten gesprochen werden, wenn jene Existenz nur weniger als halb erwiesen wurde, oder das Ge-

ständniß selbst nur weniger als halben Beweis liefert, ganz entschieden aber dann, wenn diese beiden Voraussetzungen vereinigt vorliegen.

§. 11.

Bei Rechtsvermuthungen.

Nach der herrschenden Ansicht gilt hier hinsichtlich der Beweisführung nichts Besonderes, insbesondere kann über die Prämisse ein nothwendiger Eid aufgelegt, nicht minder der Haupteid zugeschoben werden.

Gensler Archiv Bd. IV. S. 302.
Schmid Handbuch Bd. 2. S. 213.
Renaud a. a. O. S. 300.
Seuffert Commentar Th. 3. S. 237. (2te Aufl.)
Plochmann Einleitung in den bayer. C. P. S. 210.

Meiner Ansicht nach ist jedoch bei Rechtsvermuthungen und bei dem vollen Beweis liefernden außergerichtlichen Geständniß geradeso, wie bei den einfachen Vermuthungen &c., der Notheid nicht über die Prämissen, sondern über das Hauptfactum selbst aufzulegen, vorausgesetzt, daß das Beweisinterlokut auf letzteres gestellt ist; — meiner Ansicht nach ist auch der Gegner nicht schuldig, sich die Eidesdelation über die Prämisse der Vermuthung, über die Existenz des Geständnisses gefallen zu lassen. Zwar entscheidet hier der Eid über die Prämisse sofort den Streit, er mag ein aufgelegter, oder deferirter Eid, mag abgeleistet, oder rekusirt worden sein. Allein der Eid kann nur nach dem Beweisthema zugeschoben und aufgelegt werden. Beim künstlichen Beweis hat daher der Richter bloß zu fragen, wie weit derselbe den Beweissatz belege. Hätte der Probant das Geständniß oder die Prämisse der R. V. ganz erwiesen, dann wäre auch der aufgelegte Beweis der Klage oder Einrede vollständig gelungen. Da er aber die Existenz des Geständnisses bloß zur Hälfte erweisen konnte, so ist auch der Klagegrund nur zur Hälfte erwiesen. Wenn das durch 2 klassische Zeugen erwiesene Geständniß vollen Beweis macht, so

wird das durch einen solchen Zeugen bewiesene Geständniß halben Beweis machen. Wie könnte sich auch der Produzent weigern, das Suppletorium über den Angriff selbst abzuschwören, ohne sich in das zweideutigste Licht zu setzen? — Und wie könnte sich der Produkt weigern, das Purgatorium oder den Schiedseid gegen den Klagegrund selbst abzuschwören, ohne sich in derselben Weise verdächtig zu machen? —

XI. Abhandlung.

Zur Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel. [1])

A.

Bei Zeugen und Urkunden. [2])

I.

Alle Rechtslehrer sind darüber einverstanden, daß der Satz »testes et documenta productione fiunt communia« für den direkten Gegenbeweis in seinem Verhältniß zum Hauptbeweis und umgekehrt Geltung habe.

Vgl. c. 19. X. (3. 39.) fr. 26. §. 2. D. (16. 3.) D. A. v. 1600 §. 28.

Der Produkt kann sich daher der vom Produzenten dargebrachten Beweismittel zur Führung seines direkten Gegenbeweises bedienen, wenn sie etwas hiefür Dienliches enthalten, obgleich er sie innerhalb der Reprobatorialfrist nicht in Vorschlag ge-

---

[1]) S. meine vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und Civilprozesses. Erlangen 1854. Abth. II. S. 144. fg. u. meine Abhandl. v. J. 1860 in Linde's Zeitschrift Bd. 17 S. 176 Bd. 22 S. 1 fgl.

[2]) Ich handle hier bloß von der Gemeinschaft dieser Beweismittel rücksichtlich des Inhalts. Ueber die Gemeinschaft der Zeugen und Urkunden rücksichtlich der Glaubwürdigkeit und Aechtheit vgl. Renaud's vorzügliche Abhandlung in Linde's Zeitschrift Bd. 44 Abschnitt I. S. 147. u. fgl.

bracht, und umgekehrt, kann der Produzent die vom Produkten vorgebrachten Reprobatorialmittel auch zur Führung des Hauptbeweises gebrauchen, wenn er sie gleich innerhalb der Beweisfrist nicht benannt hatte. Hieraus folgt weiter, daß der Produzent weder Einwendungen gegen seine Beweismittel mehr machen, noch dieselben fallen lassen kann,[3]) ausgenommen, er verzichtete auf seinen ganzen Beweis. Er darf also keine Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vorbringen, welche er selbst vorgestellt, er darf die Urkunden nicht diffitiren, welche er selbst vorgelegt hatte.[4])

---

[3]) Knorr im Archiv Bd. 23 S. 111. leitet den obigen Satz nicht aus der Gemeinschaft der Beweismittel ab, sondern aus dem in der Natur der Sache liegenden Princip, daß wenigstens im selben Rechtsstreit gegen denselben Gegner Jeder dasjenige als wahr anerkennen muß, was er für sich als wahr angeführt hat. Allein hierin besteht ja gerade das, was man die Gemeinschaft der Beweismittel nennt; es handelt sich also bloß um eine verschiedene technische Benennung für eine und dieselbe Sache! —

[4]) Der Satz, daß Produzent die einmal benützten Beweismittel nicht zurückziehen dürfe, gilt nicht bloß dann, wenn dieselben für den Produkten, sondern auch dann, wenn sie für den Produzenten (natürlich unvollständig) beweisen. Dieß zeigt sich z. B. bei der Gewissensvertretung. Liefert die Gewissensvertretung mehr als eine halbe Probe, so muß der Delat das Suppletorium abschwören und er kann nicht durch Aufgeben des Beweises pro exoneranda conscientia auf den Schiedseid rekurriren und denselben dem Deferenten zurückschieben.

A. M. Schmid Hdb. II. S. 372. Note 21.

Liefert aber die Gewissensvertretung weniger als halbe Probe, so sollte nach dem Resultate dieses unvollständigen Beweises der Deferent zum Purgatorium kommen; und meines Erachtens kann ihm auch dieser Notheid nicht entzogen werden. Anderer Meinung ist indessen v. Bayer, welcher lehrt (S. 902):

„Bei weniger als halben Beweis wird dem Deferenten der Reinigungseid aufgelegt. Wenn jedoch der Delat in diesem Fall auf das Resultat seiner Beweisführung verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann, (a. M. ist wegen analoger Anwendung des Princips der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel auf den Eid. Bolgiano, vergl. Darstell. des gem. und bayr. Civilproz. II. S. 202 Note *)) — so steht es ihm dann ebenfalls frei, zu dem deferirten Eid zurückzukehren und denselben zu rekusiren. Denn außerdem würde er sich in einer nachtheiligeren Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte.“

Aber auch dann, wenn der Produkt das zu seinen Gunsten sprechende Beweismittel gar nicht in Bezug nimmt, und der Produzent nicht daran denkt, dasselbe zurückzuziehen, muß es doch der Richter seinem vollen Inhalt nach berücksichtigen, denn es ist ein anerkannt richtiges und unbestrittenes Prinzip, daß der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat, somit die Gründe für und gegen die Wahrheit des Beweissatzes aus dem Gesammtergebniß der Beweisführung entnehmen muß. Der direkte Gegenbeweis hat dasselbe Thema, wie der Hauptbeweis, erscheint daher als ein integrirender Theil des Hauptbeweises und kann davon schlechterdings nicht getrennt werden. Soll der Richter aus den ihm dargebrachten Beweismitteln von der Wahrheit einer Thatsache überzeugt werden, so kann das nicht anders geschehen, als daß er zu gleicher Zeit auch die für die Unwahrheit sprechenden Gründe einer Prüfung unterwirft.

Vgl. auch l. 21. §. 3. D. (22. 5.) c. 14. Cod. (4. 21.)
c. 13. X. (2. 22.)
Hesse im Archiv Bd. 23. S. 7.
Knorr in Linde's Zeitschrift Bd. 17. S. 115.

Es liegt in der Natur der Dinge, daß diese Sätze auch dann gelten, wenn diejenige Partei, welche die gemeinschaftlich gewordenen Beweismittel für sich benutzen will, ihrerseits gar keinen Beweis angetreten, oder mit dem angetretenen ganz oder theilweise durchgefallen ist.

Anderer Meinung ist bezüglich des Hauptbeweisführers wegen des Satzes „actore non probante reus absolvitur“.

Hesse a. a. O. S. 14.
Renaud in Archiv Bd. 44. S. 157. (1861.)
Vgl. dagegen Knorr l. c. S. 123—125.

II.

Bestritten ist nun aber die Frage: ob die Gemeinschaft der Beweismittel auch auf das Verhältniß des Hauptbeweises zum indirekten Gegenbeweis auszudehnen sei, ob also der für den Klaggrund vorgeschlagene Zeuge auch zum Beweis der Einrede benutzt werden

kann, und umgekehrt der für die Einrede vorgeschlagene Zeuge auch für den Beweis der Klage. Es existiren hierüber nicht weniger als 4 verschiedene Ansichten.

a) Einige Rechtslehrer bejahen die Frage, jedoch mit der (selbstverständlichen) Beschränkung, daß die betreffende Einrede, Replik ꝛc. rechtzeitig vorgeschützt und also auf den Beweis derselben interloquirt wurde (laxe Ansicht) v. Bayer 7. Aufl. S. 571. 8. Aufl. S. 933 u. 934. [5])

b) Andere verlangen, daß der betreffende Beweis, für welchen der Zeuge des Produzenten benutzt werden soll, rechtzeitig angetreten, und auch nicht wegen Unerheblichkeit oder Unzuläſſigkeit verworfen worden war (1. Mittelmeinung)

Linde im Lehrbuch, §. 251, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 6. S. 283, und neuerdings wieder im Archiv für die civ. Praxis Bd. 24. S. 77 fgl.

---

[5]) Wenn nun v. Bayer die Gemeinschaft der Beweismittel nicht bloß auf den direkten, sondern auch auf den indirekten Gegenbeweis wirken läßt, dann bleibt es mir unerklärlich, wie er beim Zeugenbeweis bezüglich der Abfassung der Interrogatorien S. 943. nr. 1. nach dem Vorgange Schmid's (Hdb. II. S. 259 Note 21) sagen kann, sie sollen nie auf einen solchen Satz gerichtet werden, der zum direkten oder indirekten Gegenbeweis gehört, weil sonst der Produzent des Vortheils verlustig würde, selbst wieder Interrogatorien stellen zu können. Dieses Motiv paßt einmal auf den direkten Gegenbeweis schlechterdings nicht, oder doch nur dann, wenn man das Princip der Gemeinschaft der Beweismittel aufgibt. Dagegen paßt jenes Motiv auf den indirekten Gegenbeweis allerdings, wenn man der richtigen Ansicht nach die Gemeinschaft der Zeugen auf den direkten Gegenbeweis beschränkt.

S. oben Seite 259 nr. 1.

Da aber v. Bayer, wie gesagt, jene Gemeinschaftlichkeit auf den indirekten Gegenbeweis ausdehnt, so ist es mir ebenso unerklärlich, wie er Fragestücke des Produkten, welche sich auf seinen Einredebeweis beziehen, ausschliessen will, als es mir unbegreiflich scheint, wie er Interrogatorien desselben, die sich auf den direkten Gegenbeweis beziehen, gleichfalls für unzuläſſig halten kann. Die Zuläßigkeit oder Unzuläſſigkeit der Interogatorien über den eigenen Gegenbeweis hängt mit der Tragweite der Gemeinschaft unzertrennlich zusammen. Von der Gemeinschaft der Zeugen profitiren, heißt ja, Fragen an die gegnerischen Zeugen bezüglich des Gegenbeweises stellen lassen, und also zu diesem Zweck schriftl. Interrogatorien vor dem Verhör einreichen! —

c) Wiedere Andere verlangen noch mehr, daß nämlich der Einredebeweis theilweise gelungen sei (2. Mittelmeinung)

Spangenberg im Archiv Bd. 5. S. 418 fgl.

Endlich: d) Neuere Rechtslehrer verneinen die obengestellte Frage unbedingt und wollen also die Gemeinschaft der Beweismittel auf den indirekten Gegenbeweis in keinem Falle ausdehnen, auch dann nicht, wenn ein Hauptbeweis angetreten und dieser theilweise gelungen war.

Hesse im Archiv Bd. 23. S 15—25.

Knorr a. a. O. S. 125 fgl.

Renaud im Archiv a. a. O. und im Lehrbuch S. 376.

Daß die beiden Mittelmeinungen zu verwerfen seien, hat bereits ad c. Linde gegen Spangenberg, und ad b. Hesse gegen Linde überzeugend dargethan. Denn die Gemeinschaft der Beweismittel enthält eine Ausnahme von der peremtorischen Natur des Beweistermins. Diese letztere wird aber bei Annahme der beiden Mittelmeinungen geradeso verletzt, als bei Zugrundlegung der ersten (laxen) Ansicht; die genannte Eigenschaft der Beweisfrist wirkt geradesogut gegen einzelne versäumte oder nicht gebrauchte Beweismittel, wie gegen den versäumten Beweis im Allgemeinen; was vom Einen gilt, muß nothwendig auch vom Andern gelten; denn derjenige, der gar keinen Beweis angetreten hat, verliert alle seine Beweismittel, derjenige aber, der nur einzelne Beweismittel gebraucht hat, verliert die übrigen, welche seine Beweisantretung nicht enthält. Wenn daher der Beklagte, sofern er einen Einredebeweis angetreten, die vom Kläger für den Klagegrund vorgeschlagenen Beweismittel für den Beweis seiner Einreden benutzen darf, obgleich er sie hiefür nicht benannt hatte, so darf er sie gewiß auch in dem Fall benutzen, wenn er gar keinen Einredebeweis angetreten hatte. Linde selbst, der Vertreter der ersten Mittelmeinung sagt, der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel beruhe zuletzt auf der Idee, den Sieg des materiellen Rechts zu ermitteln und den Richter nicht in die Lage zu versetzen, aus Rücksicht auf formelles Vorbringen der Parteien gegen den Inhalt der Akten ein Urtheil sprechen zu müssen; ein Rechtsatz, der auf solchen Rücksichten beruhe, müsse möglichst

unbeschränkt erhalten werden. Von einer unbeschränkten Erhaltung kann aber keine Rede sein, wenn die Anwendung des Rechtssatzes voraussetzt, daß der Impetrant selbst einen Beweis angetreten habe! — Consequent erscheinen also bloß die beiden extremen Ansichten: man muß den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit bezüglich des indirekten Gegenbeweises entweder unbedingt zulassen, oder unbedingt verwerfen.

Für die letztere, strenge Ansicht haben sich Knorr und Hesse erklärt, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel in seiner Ausdehnung auf den indirekten Gegenbeweis widerspricht der peremtorischen Natur des Beweistermins und also der analogen Anwendung der Vorschriften des J. R. A. §. 37. Er könnte daher nur durch ausdrückliche positive Bestimmungen, oder erhebliche rationelle Gründe gerechtfertigt werden.

2) An positiven Anhaltspunkten fehlt es aber hier ganz und gar. Denn die Stellen, aus welchen man das Prinzip der Gemeinschaft abgeleitet hat, enthalten davon keine Sylbe und bieten nicht einmal Analogieen dar, welche zur Rechtfertigung jenes Prinzips auch nur entfernt hinreichend erscheinen.

Vgl. Hesse l. c. S. 2—9.

Knorr a. a. O. S. 132—1.8.

Es läßt sich daher gesetzlich nicht begründen, daß dem Kläger die Befugniß zustehe, von Beweismitteln zu seinem Vortheil Gebrauch zu machen, die er nicht in der gehörigen Zeit benannt hat.

3) Aber auch aus allgemeinen Gründen kann die Gemeinschaft der Beweismittel in ihrer Ausdehnung auf den indirekten Gegenbeweis[6]) nicht gerechtfertigt werden, denn sie verstößt, wie schon gesagt, gegen die peremtorische Natur der Beweisfrist. Wenn dem Beweisführer nicht erlaubt ist, ein von ihm zum Beweissatz a) benanntes Beweismittel nach abgelau-

[6]) Für den direkten Gegenbeweis gibt es freilich eine Gemeinschaft der Beweismittel, weil der direkte Gegenbeweis im Thema mit dem Hauptbeweis zusammenfällt, also ein integrirender Bestandtheil des Hauptbeweises ist, und sich von diesem gar nicht trennen läßt. Ganz anders beim indirekten Gegenbeweis, der auf ein völlig verschiedenes Thema geht! —

fener Beweisfrist für den Beweissatz b) zu gebrauchen — und kein Autor bestreitet dieses — so kann per argumentum a fortiori auch seinem Gegner keine ausgedehntere Benutzungsart dieses Beweismittels verstattet werden.

Knorr l. c. S. 125 fgl.

Renaud im Archiv S. 165 fgl.

So plausibel nun auch diese Gründe sind, so dürften sich dieselben, meines Erachtens, doch nicht bei allen Beweismitteln, wenigstens nicht bei Urkunden, rechtfertigen lassen und demnach in ihrer Allgemeinheit nicht Platz greifen. Es lassen sich gerade bei Urkunden, rationelle Gründe aufstellen, welche dringend für die Ausdehnung des Prinzips der Gemeinschaft auf den Einredebeweis sprechen. Nach meinem Dafürhalten ist also zwischen Zeugen und Urkunden zu unterscheiden.

1) Beim Zeugenbeweis ist die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auf den Einredebeweis nicht auszudehnen.[7] Hier gilt also das Obengesagte in seiner vollen Ausdehnung.

Der Zeuge darf nur über dasjenige gefragt werden, worüber er vorgeschlagen wurde, also nur über die Artikel, welche der Produzent seiner Zeit, d. h. beim Beweisantritt, eingereicht hatte, resp. nur über dasjenige, was dem Probanten im Beweis interlocut zu beweisen aufgegeben wurde. Will aber der Zeuge beim Verhör von dem abschweifen, worüber er gefragt wird, so liegt es in der Direktorialpflicht des Richters, solche Abschweifungen zurückzuweisen. Denn in ihrer Berücksichtigung würde eine Ungerechtigkeit wider den Beweisführer liegen, der auf einen solchen Angriff nicht vorbereitet war, und welchem bei der Vernehmung der von ihm produzirten Zeugen die Möglichkeit benommen würde, bezüglich dessen, was dieselben über die Einreden aussagen, Fragestücke einzureichen, während doch das Recht hierauf dem Betheiligten nicht entzogen oder verkürzt werden darf,

Hesse l. c. S. 16. Knorr a. a. O. S. 129 u. 130,

es würde ihm die Möglichkeit abgeschnitten wider den (durch

[7]) Was vom Zeugenbeweis gilt, daß gilt gewiß und noch mehr von Sachverständigen, und vom Augenschein. — Warum?

seine eignen Zeugen geführten) Einredebeweis einen direkten Gegenbeweis anzutreten.

Würde daher der Probatorialzeuge, der über die Entstehung der Schuld vernommen wird, erzählen, daß er ein halbes Jahr nachher bei der Heimzahlung zugegen gewesen, so müßte ihn der Richter bedeuten, daß dieses factum nicht zur Sache gehöre, daß er, Zeuge, nicht darüber gefragt worden, und daß daher diese seine Aussage nicht in das Protokoll aufgenommen, und also nicht berücksichtigt werden könne. Würde aber eine solche Deposition dennoch ins Protokoll aufgenommen werden, so dürfte davon kein rechtlicher Gebrauch gemacht werden, weil sie auf ordnungswidrige Weise Theil der Akten geworden war. „Paria sunt, non fieri, aut non legitime fieri“.[8])

Vgl. Hesse a. a. O. S. 26 u. 27.

Renaud l. c. S. 165—172.

Ganz anders steht die Sache:

2) Bei Urkunden. Hier ist nach meinem Dafürhalten die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auf den Einredebeweis auszudehnen. Denn die Urkunden tragen — ihre Echtheit vorausgesetzt — schon gleich ihren Beweisgrund in sich, während sich dieser aus den übrigen Beweismitteln erst nach gemachtem Gebrauch ergibt. (Knorr l. c. S. 134.)[9]) Der Produkt braucht daher nicht, wie bei den Zeugen, einen eigenen Akt, die Fragestellung vornehmen zu lassen, um zu erfahren,

[8]) Etwas Anderes wäre es, wenn der Beweisführer selbst darauf antragen würde, daß der Zeuge über die Tilgung der Forderung gefragt werde, (ob dieselbe noch jetzt fortbestehe, ob sie nicht durch Zahlung, Nachlaß, Compensation rc. erloschen sei). In diesem Fall hätte dasjenige, was der Zeuge über die Einreden der Produkten aussagte, denselben Werth, wie dasjenige, was er über den Klagegrund deponirte. Hier würde vom Zeugenbeweis dasselbe gelten, was unten (sub v. 2.) vom Urkundenbeweis aufgestellt wird.

[9]) Zwischen den Urkunden und den Zeugen findet der wesentliche Unterschied statt, daß die Zeugenaussage erst durch die Vermittlung des Richters, nämlich durch die Fragestellung und Protokollirung aktenmäßig wird, der Inhalt der Urkunden dagegen durch den Produzenten selbst, ohne richterl. Dazwischenkunft zu den Akten kömmt, und daher auch einer ausgedehnteren Benutzung fähig ist. ——

ob die Urkunde auch für ihn beweise; vielmehr ist hier der Beweis, den die Urkunde für ihn liefert, bereits in den Akten und zwar durch den Gegner selbst zu den Akten gekommen. Der Produkt, indem er sich auf diese Urkunde im Produktionstermin beruft, überzeugt daher den Richter von der Wahrheit seiner Einreden nicht — aus andern als in den Akten enthaltenen Gründen, das wäre eine Beweisführung, womit der Produkt wegen versäumter Beweisfrist ausgeschlossen ist, — sondern aus den Akten selbst.

Ja, es ist nicht einmal nothwendig, daß sich der Produkt auf den ihm günstigen Inhalt des Dokuments besonders berufe; vielmehr muß der Richter die Urkunde, welche in legaler Weise integrirender Bestandtheil der Akten geworden ist, ihrem Gesammtinhalt nach von Amtswegen würdigen. Denn im Vorbringen solcher Urkunden, welche zugleich für den Gegner beweisen, liegt, soweit sie dessen Einreden darthun, ein stillschweigendes gerichtliches Geständniß der Liberirung des Gegners. Wenigstens hat ein solches Vorbringen gewiß die Wirkung eines solchen Geständnisses. Der Produzent überzeugt nämlich den Richter von der Wahrheit einer für den Produkten vortheilhaften, also für ihn nachtheiligen Behauptung, und eine solche Thätigkeit ist auf Seite des Produzenten kein Beweis, sondern ein Geständniß, weil der Beweis eine dem Asserenten vortheilhafte Behauptung voraussetzt, das Geständniß aber seinem wesentlichsten Merkmale nach in einer dem Asserenten nachtheiligen Behauptung besteht. Freilich braucht eine solche Behauptung nicht dargethan zu werden, vielmehr wird der Richter schon durch die bloße Aufstellung derselben von ihrer Wahrheit überzeugt. Allein in unserem Fall tritt das Besondere ein, daß der Produzent die ihm nachtheilige Behauptung der Liberirung des Gegners zwar dargethan, nicht aber aufgestellt, oder eingeräumt hatte.

Wäre sie aufgestellt oder eingeräumt worden, so hätten wir ein ausdrückliches Geständniß; da sie aber für den Gegner bewiesen worden, so haben wir ein stillschweigendes Geständniß des Beweisführers. Der Nachweis einer Thatsache hat aber doch mehr Werth, d. h. verschafft dem

Richter mehr Ueberzeugung als die bloße Behauptung derselben, wenn sie auch ein Geständniß ist; wenigstens hat der Nachweis ebensoviel Werth, als die ausdrückliche Aufstellung oder Einräumung, denn in dem Nachweis liegt nach dem Satze „in majore minus continetur" selbstverständlich und stillschweigend auch die Behauptung! — Es wäre somit erwiesen, daß das stillschweigende Geständniß, welches im Vorbringen solcher Beweismittel liegt, wodurch die gegnerischen Einreden dargethan werden, ebensoviel, wo nicht mehr Werth hat, als das ausdrückliche.[10]) Da nun zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses die Acceptation des Gegners, der richtigen Ansicht

---

[10]) Dagegen bemerkt freilich Knorr S. 140:

„Da der Produzeni die fragl. Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises produzirt hatte, so fehlt es an den zur Giltigkeit des Geständnisses erforderlichen Absicht gestehen."

Allein beim gerichtlichen Geständniß bedarf es ja der Absicht, zu gestehen, gar nicht.

Vgl. Renaud Lehrb. S. 249 und die Abhandl. VIII. S.

Wenn der Beklagte z. B. einräumt, an einem bestimmten Tag, der in die „kritische Zeit" hineinfällt, mit der Klägerln fleischlichen Umgang gepflogen zu haben, so hat er die Vaterschaft zugestanden, wenn ihm gleich die Ueberzeugung wie die Uebersicht fehlte, etwas Nachtheiliges einzuräumen, wenn er gleich weder glaubte, die Vaterschaft eingestanden zu haben, noch sie eingestehen wollte, ja wenn er sie ausdrücklich und bestimmt widersprochen hätte! — Und ganz analog verhält es sich in unserem Fall! — Wenn der Kläger selbst die Beweismittel für die Heimzahlung des Darlehns mit in Vorlage bringt, so hat er dieselbe gerichtlich eingestanden, obgleich er das weder glaubt, noch will, und es nützt ihm gar nichts, wenn er erklärt, er habe die Urkunde bloß und allein zum Beweis der Entstehung der Schuld produzirt resp. produziren gewollt, es nützt ihm nichts, wenn diese seine Absicht von selbst ersichtlich ist, oder sich aus der unzertrennlichen Verbindung der Quittung mit dem Schuldschein ergibt, die sich beide auf demselben Blatt Papier befinden. Der Kläger selbst hat hier den Richter von der Grundlosigkeit seines Anspruchs überzeugt, zwar nicht in der Form eines ausdrücklichen, aber doch stillschweigenden gerichtlichen Geständnisses. Offenbar wirkt es aber ebensoviel, wo nicht mehr, wenn Kläger die Quittung von seiner eignen Hand verlangt, worin er auf der Rückseite des Schuldscheins den Rückempfang des Geldes bekannt, als wenn er ausdrücklich, sei es mündlich vor Gericht, oder in einer Streitschrift, gesagt hätte, das Darlehen sei ihm heimbezahlt worden! —

nach, nicht vorausgesetzt, da letztere vielmehr vermuthet wird und also nicht ausdrücklich zu geschehen braucht,

v. Bayer 8. Aufl. S. 707,

so ist auch erwiesen, daß der Produkt nicht nöthig hat, auf die vom Produzenten in seinem Interesse beigebrachten Beweismittel sich besonders zu berufen, daß vielmehr der Richter ex officio darauf Rücksicht nehmen müsse. —

Nun entsteht aber die Frage: Kann der Produzent den Beweis, welchen die Urkunde über die Einreden des Produkten liefert, kann er diesen Beweis, oder dieses stillschweigende Geständniß nicht durch den Protest, daß er durch den ihm ungünstigen Inhalt der Urkunde nichts einräumen wolle, unwirksam machen? —

Gewiß nicht! Denn sowenig ein ausdrückliches Geständniß durch einen anfänglichen oder nachfolgenden Protest afficirt werden kann, da dieser doch nur ein einfacher Widerruf des Geständnisses wäre, ein solcher aber bekanntlich unwirksam ist,

Bayer 8. Aufl. S. 703, —

ebensowenig kann das stillschweigende gerichtliche Geständniß, welches in der Produktion von Urkunden liegt, welche für den Gegner beweisen, durch den im Schriftenwechsel vorausgegangenen Widerspruch, oder durch den bei der Produktion erklärten Protest des Produzenten afficirt werden, daß er die Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises vorlege, und daß er durch den ihm ungünstigen Inhalt der Urkunde nichts einräumen wolle (S. Note 10). Vollkommen gleichgiltig ist es hiebei, welchen Inhalt die Urkunde hat, wenn dieser Inhalt nur überhaupt beweiskräftig ist, d. h. wenn die Urkunde entweder einen jur. Willensakt, oder ein Geständniß des Ausstellers, oder ein gerichtliches Zeugniß enthält. Gehen wir die drei möglichen Fälle der Reihe nach durch.

a) Die Urkunde ist eine dispositive, sie enthält also einen jur. Willensakt, z. B. eine Schenkung, die unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen worden, deren Eintritt notorisch ist. Gewiß wäre es eine Absurdität, behaupten zu wollen, der Donatar und Kläger könnte, wenn er das Dokument zum Beweis der Schenkung vorlegt, gegen den seinem Gegner vortheilhaften Inhalt desselben, d. h. gegen die Beifügung der Resolutivbe-

dingung, protestiren. Klagegrund und Einrede lassen sich hier schlechterdings nicht trennen. Wenn daher dem Kläger der Beweis der Schenkung, dem Beklagten der Beweis der Beifügung der Resolutivbedingung aufgelegt wurde, so braucht sich der letztere nicht innerhalb der Beweisfrist auf die Schenkungsurkunde zu berufen, um hiedurch den ihm aufgegebenen Beweis anzutreten, sofern der Kläger mittelst dieser Urkunde den Klagegrund nachweist.

Dasselbe ist wohl auch dann der Fall, wenn die Resolutivbedingung erst nachträglich beigefügt wurde. Hier kann zwar der Klagegrund von der Einrede getrennt werden, allein doch kann der Kläger, welcher die Schenkungsurkunde vorlegt, gegen deren Nachtrag nicht unter dem Vorwand protestirten, daß Beklagter sich nicht innerhalb der Beweisfrist darauf berufen habe. Denn der Kläger hat durch die Vorlage des fraglichen Instruments die Existenz einer ihm nachtheiligen Disposition seines Gegners zwar nicht ausdrücklich, aber doch indirekt und mittelbar zugegeben, und dieses Geständniß kann nach dem Obengesagten durch keinen Protest mehr neutralisirt werden. Ebensowenig geht dieses an:

b) Wenn die Urkunde ein gerichtliches Zeugniß zu Gunsten des Beklagten enthält.

Nehmen wir z. B. an, auf der Rückseite des Schuldscheins sei die Zurückzahlung der Schuld auf dem Weg gerichtlicher Deponirung vom Gericht beglaubigt. Kann hier der Kläger, der den Schuldschein produzirt, gegen den ihm nachtheiligen Inhalt, d. h. gegen das gerichtliche Zeugniß, welches auf der Rückseite des Scheins steht, mit Erfolg Protest einlegen? Gewiß nicht! Denn er hat bereits durch Vorlage dieses Zeugnisses dargethan, daß sein Gegner liberirt sei, oder vielmehr er hat dieses gerichtlich, wenn auch nur mittelbar und stillschweigend zugestanden! —

Endlich: c) Die Urkunde enthält ein Geständniß des Produzenten, z. B. auf der Rückseite des Schuldscheins steht die Quittung; die zum Beweis der Klage vom Gläubiger produzirte Urkunde macht also zugleich Beweis über die Zahlung. Kann hier der Produzent gegen den ihm nachtheiligen Inhalt des

Instruments, gegen die von seiner Hand geschriebene Quittung protestiren, d. h. kann er sich dagegen verwahren, daß er die Zahlung durch die unterfertigte Quittung einräumen wolle? — Wieder nicht! Denn er hat durch die Vorlage dieser Quittung selber eingeräumt, daß ihm das fragliche Darlehen heimgezahlt worden, und kann daher die Wirksamkeit dieses gerichtlichen, wenn auch nur stillschweigenden Geständnisses durch keinen Protest mehr rückgängig machen. — Der animus confitendi würde durch einen solchen Protest ebensowenig affizirt, als beim ausdrücklichen Geständniß, wenn z. B. der Kläger erklärte, das Darlehen sei allerdings zurückgezahlt, allein er beabsichtige hiemit durchaus nicht, die seiner Zeit widersprochene exc. solutionis einzuräumen, worüber der Beklagte keinen Beweis angetreten und sie hiedurch selbst aufgegeben habe. Ein solcher Protest des Confitenten wäre in der That absurd und lächerlich. Ist es nun der Protest etwa weniger, welchen der Kläger gegen die mit dem Schuldschein vorgelegte Quittung erläßt? — Gesteht er nicht die exc. solutionis stillschweigend zu, indem er dieselbe für den Beklagten nachweist, und zwar durch sein eigenes schriftliches Empfangsbekenntniß nachweist? — Und wäre es nicht absurd, wenn Kläger erklären würde, er habe durchaus nicht die Absicht, die Zahlung einzuräumen, während er doch den Richter soeben davon überzeugt hatte; wäre es nicht frivol, wenn er auf seiner früheren Behauptung, die Schuld sei nicht heimgezahlt worden, stehen bleiben wollte, nachdem er die Quittung vorgelegt, und also den Richter von ihrer Unwahrheit überzeugt hatte? Wäre es endlich nicht eine arge Chicane, wenn er jenes Darlehen angesichts des von ihm selbst beigebrachten in einer vollbeweisenden Urkunde enthaltenen außergerichtlichen Geständnisses des Rückempfangs, noch einmal und zwar mit Hilfe des Gerichts eintreiben wollte? —

Es steht demnach fest, daß das Prinzip „documenta productione fiunt communia“ auch vom Verhältniß des Klagebeweises zum Einredebeweis gelte. Anderer Meinung ist — wenigstens theilweise —

Knorr a. a. O. S. 139 u. 140, und

Hesse a. a. O. S. 28—31.

Letzt'rer lehrt:

„Was insbesondere den Urkundenbeweis betr., so finden auf ihn im Allgemeinen alle die Grundsätze Anwendung, welche oben entwickelt wurden. (Seite 23 sagt Hesse nämlich: „Auch dann, wenn die Zeugen oder Urkunden des Klägers und Produzenten sich über eine Einrede verbreiten, kann nach den bisher entwickelten Grundsätzen das Axiom „testes et documenta productione fiunt communia" nicht zur Anwendung gebracht werden"). Indessen gibt der Urkundenbeweis doch zu folgenden besonderen Betrachtungen Anlaß:

α) Was die von einem Dritten ausgestellte, von einer der Parteien produzirte Urkunde betrifft, so gelten bezüglich ihrer die Grundsätze vom Zeugenbeweis. Produzirt aber Jemand:

β) Eine von beiden Theilen zum Behuf wechselseitigen Beweises ausgefertigte Urkunde und der Produkt will dieselbe zum Beweis einer von ihm vorgebrachten Einrede benützen, worüber er innerhalb der Beweisfrist keinen Beweis angetreten, so ist zwar, nach den früher entwickelten Grundsätzen, der Urkundenbeweis für den Beklagten verloren, allein es treten die Wirkungen des Geständnisses ein, gegen welche in einem solchen Fall keine eingelegte Protestation einen Erfolg haben wird [11]).

Denn räumt in einer Urkunde, die Kläger und Beklagter zusammen aufgenommen haben, der letztere das Debitum, der erstere die Zahlung ein, und übergibt diese Urkunde bei Gericht, so liegt in dieser gerichtlichen Uebergabe ein bereits vom Beklagten acceptirtes, also durch keine Protestation mehr zu vernichtendes Geständniß.

Wenn dagegen: γ) die vom Produzenten übergebene, gegen den Produkten beweisende Urkunde noch außerdem eine zum Vortheil des letzteren gereichende, von diesem noch nicht acceptirte Aeußerung enthält, so kann allerdings eine Verwahrung von rechtlicher Wirkung sein. Z. B. der Kläger beweist das Darlehen durch eine Schuldurkunde, verwahrt sich aber, die Zahlung durch die unter dem Schuldschein stehende von seiner Hand geschriebene Quittung einräumen zu wollen. Läßt sich gegen die Statthaftigkeit dieser Protestation mit Bestand etwas einwenden? Gewiß nicht! Denn die Quittung rührt ja von des Klägers eigener Hand her, befand sich in dessen Besitz, und konnte von ihm, ehe er das Instrument produzirte, durchstrichen werden, in welchem Fall der Beklagte nicht versuchen wird, daraus etwas zu seinem Vortheil zu argumentiren."

---

[11]) Nach Knorr's Ansicht (S. die Schlußworte seiner Abhandlung S. 139 u. 140) können auch bei einer von beiden Theilen behufs wechselseitigen Beweises ausgefertigten Urkunde die Wirkungen des Geständnisses nicht eintreten, weil es an dem zur Giltigkeit des Geständnisses erforderlichen animus confitendi fehlt, da ja der Produzent die fragliche Urkunde nur zur Führung des ihm obliegenden Beweises produzirt hat.

Vgl. aber dagegen das oben Seite 265 Bemerkte.

Gegen diese Ausführung läßt sich aber mit Grund Folgendes anführen:

1) Hesse will den Satz „documenta productione fiunt communia" auf den Einredebeweis bloß dann ausdehnen, wenn die Urkunde ein Geständniß enthält. Ich glaube aber, dargethan zu haben, daß diese Ausdehnung ohne Rücksicht auf den Inhalt der Urkunde, soferne dieser überhaupt beweiskräftig ist, sich rechtfertigen lasse. S. oben S. 263 lit. a—c.

2) Hesse will obigen Satz auch bei solchen Urkunden, die ein Geständniß enthalten, nur unter der Bedingung auf den Einredebeweis ausdehnen, daß dieses Geständniß vom Gegner durch Mitunterschrift acceptirt worden war.

Mir scheint jedoch der Umstand, ob eine solche Urkunde von beiden Theilen, oder nur einseitig ausgefertigt wurde, gar nicht entscheidend, die Acceptation des Geständnisses somit völlig überflüssig zu sein. Denn nirgends steht geschrieben, daß das handschriftlich abgelegte Geständniß (der Schuldschein, oder die Quittung) die Acceptation des Gegners — d. h. (im Sinn Hesse's) die Mitunterschrift des Gläubigers, resp. des Schuldners — zu seiner völligen Wirksamkeit bedürfe.

Hieraus ergibt sich aber, daß Hesse Unrecht hat, wenn er behauptet, der Inhalt der Urkunde, nemlich die Quittung, könne, weil die Mitunterschrift des Schuldners fehlt, durch einen einfachen Protest des Gläubigers und Produzenten effektlos gemacht werden. Auch in diesem Fall muß die Protestation erfolglos sein, und ist der Grund davon, wie im vorigen Fall, in den „Wirkungen des Geständnisses" zu suchen; aber nicht im außergerichtlichen Geständniß, dem zufälligen Inhalt der Urkunde, welches Hesse im Sinn hat, sondern in dem stillschweigenden gerichtlichen Geständniß, das in der Uebergabe von Urkunden liegt, welche für den Gegner beweisen, ihr Inhalt mag sein, welcher er will, wenn er nur überhaupt beweiskräftig ist. (S. oben Seite 261.)

Endlich 3) Ganz unrichtig, und höchst befremdend ist die Schlußbemerkung Hesse's, die unter dem Schuldschein befindliche Quittung hätte der Kläger, da sie sich in seinem Besitz befunden, vor der Produktion leicht durchstreichen können und

dann wäre sie ja vernichtet gewesen. Allein a) sie wurde ja nicht durchstrichen, und ist also **nicht** vernichtet! — Sodann: b) Mit welchem Recht konnte denn Kläger die Quittung durchstreichen? — Durfte er das, bloß weil sie in seinem Besitz war und von seiner eigenen Hand herrührte? Gewiß nicht! Die Quittung wurde ja für den Schuldner ausgefertigt und gehörte eigentlich in die Hände des Schuldners, der sie aus purem Zutrauen dem Gläubiger überließ. Dieser hatte bloß dann das Recht der Durchstreichung, wenn er sie in Erwartung baldiger Zahlung ausstellte, die Zahlung aber unterblieben war. Außerdem hatte er kein Recht, die Quittung zu vernichten, vielmehr machte er sich hiedurch des größten Unrechts schuldig; denn die Vernichtung einer Urkunde, welche der Aussteller für seinen Schuldner ausgefertigt, und worauf dieser seine Liberirung gründet, ist ein Falsum und **Hesse's** Behauptung daher ganz unstichhaltig, der Beklagte werde dann gewiß nicht versuchen, aus der vom Kläger durchstrichenen Urkunde etwas zu seinem Vortheil zu argumentiren. — Der Beklagte verliert hiedurch keineswegs seine Rechte, wenn er nur den Kläger überführen, d. h. darthun kann, daß dieser die Durchstreichung eigenmächtig und rechtswidrig vorgenommen hatte.

Noch weiter als Hesse ist in jüngster Zeit **Renaud** a. a. O. und nach ihm **Knorr** gegangen, letzterer mit Bezugnahme auf meine Abhandlung in **Linde's** Ztschr. Bd. 19 S. 282—292 (1862).

Renaud lehrt im Archiv Bd. 44. S. 153 fgl.:

„Die **älteren Prozessualisten** stellten für Dokumente zusammengesetzten Inhalts den Grundsatz auf, daß sie durch die Produktion „individua et communia" würden (**Maranta**, **Colerus**, **Berlich**, **Mevius**, **Leyser**, — und von den Neuern **Gönner** II. p. 314). Allein dieser Satz ist nicht bloß in **unsern Quellen nicht** anerkannt, sondern auch an und für sich unrichtig, weil **wider die Natur der Sache** verstoßend. Wenn sich eine Partei zum Zweck ihrer Beweisführung auf eine Urkunde beruft, so **thut sie das nur insoweit, als deren Inhalt sich auf das betr. Beweisthema bezieht**, und produzirt demnach keineswegs das Dokument in **allen** seinen Theilen. Es bedarf daher keiner Protestation bezüglich des anderweitigen Inhalts, obwohl eine solche unter Umständen nützlich sein kann. Auch liegt in der Produktion einer Urkunde keine Anerkennung aller Contenta

derselben, es kann folgl. nicht „individuum et commune“ in allen seinen Bestandtheilen werden.“

„— — Die Gemeinschaft der Beweismittel bezieht sich zwar auf den eigentlichen und uneigentlichen direkten Gegenbeweis. Dagegen geht sie nicht soweit, daß sie dem Produkten für den Beweis oder Gegenbeweis eines andern Beweissatzes Vortheil brächte. Denn handelt es sich um verschiedene Thatsachen, so sind in Betreff jeder einzelnen nur die Gründe pro und contra in Betracht zu ziehen, welche durch die Thätigkeit einer Partei ad acta gebracht wurden, wogegen solche Beweismittel nicht zu berücksichtigen sind, die zu dem betr. Beweissatz von keiner Seite induzirt worden sind. Hat also der Kläger zum Beweis der Klage eine Urkunde produzirt, so kann auf Grund derselben eine Einrede, deren Herstellung der Beklagte mit andern Beweismitteln versucht, nie als erbracht angesehen werden, — und umgekehrt. Gesetzt z. B. eine Partei klagt pcto legati und produzirt zum Beweis ihres Klagfundaments die Testamentsurkunde, so beruft sie sich auf dieses Dokument nur insoweit, als dasselbe das betr. Legat wirklich oder vermeintlich enthält. Keineswegs ist aber das Dokument seinem ganzen Inhalt nach für produzirt zu erachten, also auch insoweit, als darin ein vom Testator dem Kläger gegebenes Darlehen behauptet ist. Es folgt dies aus dem oben festgestellten Grundsatz, daß eine Urkunde nur insoweit für produzirt gelte, als sich deren Inhalt auf die Thatsache bezieht, zu welcher sie als Beweismittel vorgeschlagen wurde, sowie aus der Verhandlungsmaxime, wonach der Richter nur solche Beweismittel zu beachten hat, welche die Partei selbst rechtzeitig beigebracht hat.“ Vergl. auch Renaud's Lehrbuch S. 377 u. 78.

Gegen diese Ausführung berufe ich mich:

a) Im Allgemeinen auf meine Seite 260 flg. vorgetragene Begründung der conträren Ansicht. Wenn die vom Kläger für die Thatsache a. produzirte Urkunde auch die im Interlokut ausgesetzte Thatsache b. belegt, für welche sie nicht produzirt worden war, so macht es einen großen Unterschied, ob diese letztere Thatsache zum Klagsfundament gehört, oder zur Begründung einer Einrede. Im 1. Fall gilt die Urkunde freilich in Bezug auf die Thatsache b. als nicht produzirt. Im 2. Fall dagegen, wo die Urkunde dem Gegner beweist, ist das anders. Hier tritt das Gewicht des Geständnisses, eines zwar stillschweigenden, immerhin aber gerichtlichen Geständnisses, in den Gesichtskreis der richterlichen Beurtheilung. Eine Schuld, die nach dem eignen Geständniß des Klägers bezahlt, nachgelassen, oder compensirt ist, besteht ja gar nicht mehr zu Recht, und kann folglich auch nicht eingeklagt werden.

Ferner muß ich:

b) Um des Näheren und speziell auf Renaud's Ausführung einzugehen, gegen das von ihm gewählte Beispiel Protest einlegen. Wenn der Testator von einem dem Legatar gegebenen Darlehen spricht, so ist das ein unbeschworenes außergerichtliches Zeugniß für die Existenz des Darlehens, welches ohne anderweitigen Beweis und ohne andere unterstützende Momente ganz werthlos ist. Hier kann also die Urkunde freilich nicht für den Produkten die Gegenforderung ex mutuo erweisen, weil sie in dieser Richtung als documentum pro scribente gar keinen Werth hat! —

c) Unbedingt verwerflich erscheint Knorr's und Renaud's Ansicht in jenen Fällen, welche ich S. 263 lit. a. aufgeführt habe, wo der Context derselben Urkunde den Beweis der Klage und zugleich der Einrede enthält. Nehmen wir z. B. an, daß die Urkunde eine dispositive ist, und eine Schenkung enthält, die unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen wurde, deren Eintritt notorisch ist. Wenn dem Kläger der Beweis der Schenkung und dem Beklagten (eventuell) der Beweis jener Nebenverabredung aufgelegt worden, so würde es doch sicher nicht angehen, wenn der Kläger bei Vorlage der Schenkungsurkunde gegen den seinem Gegner vortheilhaften Inhalt der letztern, d. h. gegen die Beifügung der Resolutivbedingung aus dem Grunde protestiren wollte, weil Beklagter keinen Beweis hierüber angetreten hatte. Klagegrund und Einrede lassen sich, wenigstens in solchen Fällen, wie der vorliegende, schlechterdings nicht trennen.[12])

---

[12]) Das scheint Renaud selbst zu fühlen, denn er sagt S. 155: „Selbstverständlich kann der Richter den produzirten Bestandtheil der Urkunde aus seinem Zusammenhang nicht herausreißen, sondern muß den ganzen Inhalt des Dokuments insoferne in Betracht ziehen, als derselbe geeignet ist, auf die materielle Glaubwürdigkeit oder Relevanz des fragl. Theils Licht zu werfen, eine Prüfung, gegen welche der Produzent durch keine Protestation sich schützen kann.“ S. auch Renaud's Lehrbuch Seite 377 u. 378.

Der Beleg beider liegt nicht in verschiedenen, dem Raum und der Zeit nach getrennten Scripturen, die bloß zufällig auf demselben Stück Papier sich befinden, obwohl ihr Inhalt ein verschiedener, der Aussteller ein Anderer ist, — sondern Klage und Einrede werden durch eine und dieselbe Urkunde bewiesen. Zwar ist der Beweissatz, wofür der Produkt die Urkunde benützen will, ein anderer, als der Beweissatz, für welchen der Kläger dieselbe produzirt hatte; allein beide Beweisthema's stehen, wie gesagt, in der engsten Connexität; wenn der Richter durch die Schenkungsurkunde, die Kläger in Vorlage bringt, den Nachweis der Schenkung für erbracht halten muß, so kann er die im selben Context enthaltene, von denselben Personen unterzeichnete, unter dem nämlichen Datum beigefügte Resolutivbedingung doch unmöglich ignoriren, sondern muß sie selbstverständlich mit berücksichtigen, und es ist hiefür vollkommen gleichgiltig, ob Kläger gegen diese Berücksichtigung protestirt, ob Beklagter dieselbe ausdrücklich verlangt hatte. Dem Kläger kann sein Protest ebensowenig nützen, als dem Beklagten die Unterlassung jener Bezugnahme schaden; die Bezugnahme auf den ihm günstigen Inhalt der Schenkungsurkunde im Produktionstermin, oder nachher, ist ebenso unnöthig, als die Beweisantretung über die Beifügung der Resolutivbedingung. Nothwendig ist allein, daß die betreffende Einrede im Exceptionstermin geltend gemacht worden war.

d) Dasselbe Verhältniß liegt dann vor, wenn die klägerische Urkunde über die Abschließung dieses oder eines andern Rechtsgeschäfts zugleich die Belege für einen Mangel der Willensfähigkeit, Dispositionsbefugniß oder Willensfreiheit enthalten würde, welche der Beklagte excipiendo modo behauptet, worüber er aber — im Vertrauen auf das vom Kläger vorzulegende Instrument und seinen ihm günstigen Inhalt — keinen Beweis angetreten hatte. Es handelt sich hier um jene Classe peremtorischer Einreden, welche in der Vor-

Aber freilich geht aus dem angehängten Beispiel und der ausnahmslosen Aufstellung des Satzes, daß die Gemeinschaft der Beweismittel sich auf den Einredebeweis nicht erstrecken könne, das Gegentheil hervor, was denn auch im Lehrbuche a. a. O. mit dürren Worten gesagt ist.

schätzung außerordentlicher Hindernisse der Entstehung des Klagrechts bestehen. Wer wird behaupten wollen, daß in solchen und ähnlichen Fällen die Gemeinschaft des Urkundenbeweises auf den indirekten Gegenbeweis oder Einredebeweis sich nicht erstrecken dürfe? — Hieße eine solche Trennung nicht „den produzirten Bestandtheil der Urkunde aus seinem Zusammenhang herausreißen," was Renaud selbst (S. die Note 12) für unzulässig hält? —

e) Aber auch bei der zweiten Classe der peremtor. Einreden, welche in der Behauptung der Wiederaufhebung des bereits entstandenen Klagrechts bestehen, muß ich den von mir aufgestellten Satz festhalten. Zwar ist hier der Vorgang, welcher das historische Substrat der Einrede bildet, später in's Leben getreten, als das Factum, welches den Klagegrund ausmacht. Die Urkunde, welche den Beweis der Einrede liefert, ist eine ganz andere, als diejenige, welche den Klagegrund belegt, und zwar nicht bloß der Zeit und dem Raum, sondern auch dem Inhalt und der Person des Ausstellers nach. Der Umstand, daß beide Belege — z. B. der Schuldschein und die Quittung — auf demselben Bogen Papier stehen, ist rein zufällig, und kann doch auf die Rechte der Parteien keinen Einfluß äußern. Aber dessenungeachtet beweist (meiner Ansicht nach) die auf der Rückseite des Schuldscheins befindliche Quittung die Einrede der Zahlung, wenn gleich der Beklagte keinen Beweis hierüber angetreten hatte. Und ebenso beweist der auf der Rückseite des beklagtischen, ein Darlehen betreffenden Schuldscheins befindliche gerichtliche Depositenschein (S. 264 lit. b.) die Compensationseinrede, obgleich zwischen beiden Foderungen nicht die geringste Connexität obwaltet. Der Grund ist der oben Seite 261 ausgeführte, weil nämlich in der Produktion solcher Urkunden, die zugleich des Gegners Einreden beweisen, ein stillschweigendes gerichtliches Geständniß der Liberirung des Gegners liegt. (S. oben lit. a. am Ende.)

Nun bemerkt freilich Knorr in seiner Replik in Linde's Zeitschrift Band 19 S. 286, durch meine Argumentation über das in der Produktion solcher Urkunden liegende Geständniß werde der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit der Gemeinschaft,

nämlich der aus der peremtorischen Natur der Beweisfrist hergenommene, nicht aus dem Wege geräumt.

Allein die peremtorische Natur des Beweistermins zeigt sich meines Erachtens darin, daß weder der Probant nach verstrichener Probatorial-, noch der Reprobant nach verstrichener Reprobatorialfrist Beweismittel überhaupt und insbesondere für solche Thema's benennen darf, für welche sie nicht bereits intra terminum benannt wurden. Der Beweisführer kann also bereits präkludirte Beweismittel nicht mehr nachträglich vorschlagen, — aber sein Gegner kann es für ihn, darin liegt ja gerade die Gemeinschaft der Beweismittel; dieselbe macht eine Ausnahme von dem Satz, daß der Beweisführer präkludirte Beweismittel unter keinerlei Verhältnissen mehr gebrauchen könne; er selbst kann sie zwar, wenigstens in der Regel, nicht mehr auf die Bahn bringen; wenn es aber der Gegner für ihn thut, dann kann er suppositis supponendis davon profitiren. [13]) — Und ganz natürlich! denn für ihn sind die producirten Urkunden, die er intra terminum nicht benannt, womit er also keinen Beweis angetreten hatte, bloße Beweismittel, die daher präkludirt erscheinen; für den Gegner sind sie aber mehr als das, für diesen enthalten sie ein stillschweigendes gerichtliches Geständniß, und dieses muß in jedem Stadium des Prozesses berücksichtigt werden! —

III.

Bisher wurde ausschließlich die Frage erörtert, worin denn die Gemeinschaft des Beweismittels der Zeugen und Urkunden bestehe, wie weit sie auszudehnen sei (ob auch auf den in-

[13]) Sagt doch Renaud selbst, (S. 156), der wahre Grund der Gemeinschaft liege darin, weil der Richter bei Prüfung des Beweismaterials nach der materiellen Wahrheit zu forschen hat. Gilt dieser Grund für das Verhältniß des Hauptbeweises und direkten Gegenbeweises, warum soll er nicht auch für jenes des Klag's- und Einredebeweises, also des indirekten Gegenbeweises gelten?! — Hat der Richter „bei Prüfung des Beweismaterials nach der materiellen Wahrheit zu forschen", so wird er die vom Kläger vorgelegten Urkunden, welche zugleich die Einreden erweisen, geradesogut berücksichtigen müssen, als die vom Beklagten hierüber beigebrachten Beweismittel, besonders, wenn die letztern resultatlos sind.

direkten Gegenbeweis?), und welche rechtliche Folgen für den Produzenten hieraus entstehen. Es bleibt nun noch die Erörterung der Frage übrig, mit welchem Zeitpunkte die Wirkungen der Gemeinschaft eintreten. Da ich hierüber nichts Neues zu sagen weiß, so kann ich mich sehr kurz fassen.

Die communis opinio geht dahin, daß die Beweismittel erst mit der Realproduktion gemeinschaftlich werden, weil man annimmt, erst mit der Realproduktion habe der Probant von dem Beweismittel Gebrauch gemacht.

Gönner Handb. II. 39. §. 8 a. A.
Linde im Archiv Bd. 24 S. 106 a. E.
v. Bayer 8. Aufl. S. 933 u. 934.

Hesse und Knorr sind aber auch hier als Neuerer aufgetreten, und haben dargethan, daß die Zeugen erst nach der Abhörung, nicht schon mit der Vorstellung gemeinschaftlich werden, weil man erst dann sagen kann, daß ihre Aussagen auf gesetzliche Weise Theile der Akten geworden sind (vgl. den D. A. v. 1600 §. 28), — die Urkunden dagegen in dem Moment gemeinschaftlich werden, in welchem ihre Aechtheit constatirt ist, also bald nach der Realproduktion, wenn der Produkt im Produktionstermin die Urkunden diffitirt hatte, somit ein Aechtheitsbeweis nothwendig wird, bald schon vor der Realproduktion, wenn der Produkt die abschriftlich vorgelegte Urkunde recognoscirt und also keine Originalproduktion verlangt.

Vgl. Knorr a. a. O. S. 15.
Hesse a. a. O. S. 9—12.
Renaud im Lehrbuch S. 379 u. 380.

B.

Beim Schiedseid.*)

So bestritten die Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel bei Zeugen, Urkunden ꝛc. ist, auf so einfachen und festen Grundlagen beruht dieselbe beim Schiedseid, und es ist daher

*) Anmerkung. Während Knorr in Lindes Zeitschr. Bd. 19. a. a. O. meine Thesen über die Gemeinschaft des Schiedseid's als Beweismittel unbedingt billigt, erklärt sich (nach Seufferts Vorgang) theilweise dagegen Langenbeck in seiner Beweisführung Bd. 3. S. 784. Note b. a. E. und S. 785. Ich komme darauf in der XIII. Abtheilung.

auffallend, daß sie die Compendien gerade hier mit Stillschweigen übergehen. Während alle anderen Beweismittel vom Produzenten ohne Hilfe des Produkten benutzt werden, liegt das Eigenthümliche des Schiedseides gerade darin, daß sein Gebrauch die Mitwirkung des Produkten voraussetzt, und wesentlich in dieser Mitwirkung besteht. Die beweispflichtige Partei erklärt nämlich, sie wolle nachgeben, wenn der Gegner die Unwahrheit ihrer Behauptung eidlich bekräftigen würde. Durch diese Erklärung macht also der Deferent den Delaten zum Richter in eigener Sache, er erbietet sich sub conditione jurisjurandi zu einem Verzicht, oder, wie die Röm. Juristen sich ausdrücken: jusjurandum speciem transactionis continet.

fr. 2. D. (12. 2) fr. 21. D. (4. 3).

v. Bayer 7. Aufl. S. 506.

Die Eideszuschiebung ist übrigens kein wirklicher Vergleich, sondern bloß ein Vergleichsvorschlag, denn die Einwilligung des Delaten ist ja zur Delation nicht nothwendig. Erst durch die Erklärung des Gegners wird dieses Offert zum Vertrag, zum wirklichen Vergleich erhoben, jene mag nun in der Acceptation, Relation oder Gewissensvertretung bestehen. Erklärt sich der Gegner gar nicht oder dahin, daß er auf das Offert der Eidesdelation nicht eingehe, so gilt der Eid pro recusato; der Delat wird aber dann nicht aus dem Vergleich zahlungspflichtig, sondern kraft des gesetzlichen Präjudizes. Die Eidesdelation erscheint daher nicht bloß als Vergleichsoffert, sondern auch als Beweismittel.[14])

fr. 38. D. (12. 2) fr. 25. §. 3. D. (22. 3).

Weitere Stellen bei Bayer, 7. Aufl. S. 506,

8. Aufl. S. 871 u. 872.

Aus dieser Entwicklung über die Natur des Schiedseides als Vergleichsvorschlag und Beweismittel lassen sich nun die Grundsätze über die Gemeinschaftlichkeit desselben leicht ableiten, nämlich:

I. Ueber den Inhalt und die Ausdehnung der Gemeinschaft.

II. Ueber den Zeitpunkt ihres Eintritts, und

[14]) A. M. Dr. Kraussold in seiner Dissertation über den Eid als Beweismittel. München 1857.

III. Ueber die rechtlichen Folgen derselben für beide Theile.

ad I. Die Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides kann sich der Natur der Sache nach bloß auf den direkten, nicht aber auf den indirekten Gegenbeweis beziehen, denn der Kläger deferirt den Eid über den Klaggrund, der Beklagte über den Grund der Einrede, und zwar nach einer Formel, welche mit dem Beweisthema in der Regel coinzidirt. Der Delat kann also den Eid nur nach der ihm vorgeschriebenen Eidesformel ableisten und darf darüber nicht hinausgehen, würde er dieselbe überschreiten, würde er sich Zusätze erlauben, oder etwa gar solche Thatsachen beschwören, die er excipiendo modo vorgebracht, worüber ihm also der Eid gar nicht zugeschoben worden, so hätte sein Schwur keine rechtliche Wirkung.

ad II. Bei den übrigen Beweismitteln ist es bekanntlich bestritten, mit welchem Zeitpunkte die Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit eintreten, ob vor, mit oder nach der Realproduktion (s. oben A. III.). Beim Schiedseid dagegen liegt es in der Natur desselben als species transactionis, daß er in dem Augenblick ein gemeinschaftliches Beweismittel wird, sowie der Delat eine der gesetzlich zulässigen Erklärungsarten auf die Delation abgegeben hat, oder die Frist zur Erklärung unbenützt verstrichen ist. Ist Ersteres geschehen (wurde der Eid acceptirt, referirt, oder die G. V [15]) gewählt), so hat der Delat ein Recht auf den Eid erworben und der Deferent muß sich den gesetzlichen Folgen unterwerfen, welche mit der Art der Erklärung des Delaten verbunden sind. Denn nun waltet zwischen den Parteien ein perfekt gewordenes Vertragsverhältniß ob.

Dr. Debes in Zu-Rhein's Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechts, Bd. II. Heft II. S. 147.

Wenn aber der Delat keine Erklärung intra terminum abgibt, so wird fingirt, er habe den Eid rekusirt, und es ist nun wieder die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels eingetreten.

---

[15]) Abbreviatur: G. V. = Gewissensvertretung.

ad III. Hieraus ergeben sich dann von selbst die rechtlichen Folgen, welche die Gemeinschaft des Beweismittels für beide Theile nach sich zieht, nämlich:

1) für den Delaten.

Derselbe kann von der einmal getroffenen Wahl einseitig nicht mehr abgehen, er kann daher:

a) Statt der Acceptation nicht die Relation oder die G. V. wählen.

v. Bayer S. 903. (8. Aufl.)

Ferner:

b) Statt der Relation nicht die Acceptation, endlich:

c) Statt der G. V. nicht die Acceptation oder Relation.

Denn im Fall b hat Deferent ein jus quaesitum darauf, daß er schwöre, im Fall a, daß Delat schwöre, im Fall c, daß der Streit durch die G. V. entschieden werde, die möglicherweise zu Gunsten des Deferenten ausfallen kann. A. M. sind indessen wegen analoger Anwendung der c. 11. Cod. (4. 1.) (S. unten Nr. 2.):

Höpfner Beiträge I. S. 25—32.
Linde Lehrbuch S. 384.
Reinhardt Handb. II. §. 256.
Morstadt in Note 1 zu Gensler's Commentar Bd. II. S. 18.
Schmid Handb. II. S. 373.

Hat aber der Delat keine Erklärung abgegeben, trifft ihn also der angedrohte Nachtheil der poena recusati, so versteht es sich von selbst und folgt aus der Natur der peremtorischen Fristen und dem Contumazialverfahren, daß nun der Delat mit der Erklärung auf den Eid nicht mehr wechseln kann.

2) Für den Deferenten hat die Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides nachstehende Folgen:

a) Derselbe kann nun die Eidesdelation nicht mehr zurückziehen und andere Beweismittel substituiren, wenn gleich die Beweisfrist noch im Laufe ist, denn durch die getroffene Wahl für Annahme, Relation des Eides oder G. V. hat der Delat ein jus quaesitum darauf, durch seinen Schwur oder durch den Schwur des Gegners, oder durch Beweisführung den Prozeß zu seinem Vortheil zu beendigen.

Nicht entgegen steht c. 11. Cod. (4. 1).

A. M. v. Bayer S. 903.

(S. hierüber die XII. Abhandlung §. 2 Note 8.)

Im Fall der Relation z. B. muß der Deferent den Eid ableisten, und kann die Delation nicht zurücknehmen und andere Beweismittel substituiren, denn dieß wäre eine G. V., welche dem Relaten untersagt ist.

fr. 34. §. 7. D. (12. 1) C. 12. §. 1. Cod. (4. 1).
Gensler Commentar II. S. 20.[16])
v. Bayer 8. Aufl. S. 893.
Martin Lehrbuch §. 227 (ante d.)
A. M. Schmid Handb. II. §. 255, und
Linde S. 386 (wegen analoger Anwendung der
c. 11. Cod. 4. 1).

b) Eine weitere Folge der Gemeinschaft des Beweismittels besteht darin, daß der Deferent keine andere dem Delaten nachtheilige Aenderung mit der Eidesdelation vornehmen darf, sowie einmal die Erklärung des Delaten erfolgt ist. Er darf daher:

α) Die Eidesdelation nicht revoziren, um andere Beweismittel zu substituiren; ja er darf nicht einmal durch Einschiebung anderer Beweismittel die primäre Eidesdelation in eine eventuelle verwandeln, und ebensowenig

β) Die eventuelle Eidesdelation durch Fallenlassen der vorgängigen Beweismittel in eine primäre.

Denn hat der Delat durch die Acceptation oder Relation ein Recht auf die Benutzung des Eides überhaupt, und durch die G. V. ein Recht auf die Beendigung des Prozesses durch

---

[16]) Morstadt bemerkt in der Note *) zu Gensler a. a. O. „— — die Frage, ob sich der Produzent gegen die relatio juramenti der G. V. bedienen dürfe, bleibt wohl, den Gesetzen nach, immer streitig; allein der Gerichtsgebrauch scheint sie durchgängig conform mit Gensler zu entscheiden.“

seine Beweisführung erworben, und findet daher keine Revokation der Eidesdelation durch Substitution anderer Beweismittel statt, — so muß er nothwendig auch ein Recht auf ausschließlichen Gebrauch des Eids erworben haben, wenn der Eid primär deferirt wurde (Satz α), und auf sekundären Gebrauch desselben, wenn er eventuell zugeschoben wurde (Satz β).

A. M. Dr. Debes in seiner Dissertation über das Verhältniß des Schiedseids zu den Nothеiden S. 27—36, und in Zu-Rhein's Zeitschrift Bd. II. Heft 2. S. 147 flgd.

ad α) Die nähere Motivirung des 1ten Satzes und die Widerlegung der conträren Ansicht von Dr. Debes (in Zu-Rhein's Zeitschr. a. a. O.) findet sich in meiner XII. Abhandlung über die eventuelle Eidesdelation in §. 2. II.

ad β) Die nähere Begründung und Ausführung des 2ten Satzes, sowie die Widerlegung der gegentheiligen Debesschen Ansicht (in dessen Dissertation a. a. O.) findet sich gleichfalls in meiner Abhandlung XII. §. 2. I.

Hatte der Delat den eventuell zugeschobenen Eid referirt, oder intra terminum keine Erklärung hierauf abgegeben, so wäre es freilich im Interesse des Deferenten, die primären Beweismittel fallen zu lassen, weil er dann zum Eid kommen, oder den Prozeß sofort gewinnen würde. Auch sind die primären Beweismittel noch nicht realiter produzirt, und also auch nicht gemeinschaftlich, man sollte daher glauben, daß sie revozirt werden dürfen. Allein durch das Aufgeben derselben würde ein anderes, bereits gemeinschaftlich gewordenes Beweismittel, nämlich der eventuell deferirte Eid in veränderter Form auf die Bahn gebracht, was aus dem angegebenen Grund nicht angeht. Der Delat hat also ein Recht auf die Produktion der gegnerischen Zeugen und Urkunden, weil er ein jus quaesitum darauf hat, daß der Eid nur eventuell benutzt werde; Zeugen und Urkunden werden hier vor der Produktion gemeinschaftlich, weil der damit verbundene Eid bereits produzirt und also gemeinschaftlich geworden ist.

Ueber eine andere Begründung desselben Satzes vgl. meine XII. Abhandlung a. a. O.

XII. Abhandlung.

Die eventuelle Eidesdelation und das Urtheil nach beendigtem Beweisverfahren.

Siehe meine Abhandlung im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 33 S. 43—67, und in v. Linde's Zeitschrift Bd. 7 S. 375—335 (1850.) Meine vergl. Darstellung S. 205 flgd.

Eine der schwierigsten und an Controversen reichsten Materien ist sicherlich die Lehre von der eventuellen Eidesdelation. Es sollen hier vorläufig folgende Punkte besprochen werden:

I. Ueber die Natur und Wirksamkeit der Gewissensvertretung hiebei.

II. Ueber die Zulässigkeit einer Verwandlung der eventuellen Eidesdelation in die primäre, und umgekehrt der primären in die eventuelle.

III. Ueber das Erkenntniß nach geschlossenem Beweisverfahren bei eventueller Eidesdelation.

§. 1.

Ueber die Gewissensvertretung bei eventueller Eidesdelation möchte ich folgende Sätze aufstellen:

1) Der Delat kann sich auch hier für die Gewissensvertretung erklären, sei es mit oder ohne Antretung eines direkten Gegenbeweises,[1]) muß sich aber dann den strengen Folgen un-

---

[1]) Die G. V. bei der eventuellen Eidesdelation kann aber keineswegs in allen Beziehungen wie die G. V. bei der primären Eideszuschiebung behandelt werden. Denn einmal:

a) Muß der Delat den betr. Beweis innerhalb der ihm zur Reprobation und zur Erklärung auf den Eid gegebenen peremtor. Frist sofort antreten, wenn auch der Richter die Verbindung des Exonerationsbeweises mit dem Gegenbeweis nicht ausdrücklich anbefohlen hatte

vgl. v. Bayer S. 985.

Sodann:

b) Verwandelt sich die G. V. von selbst in einen gewöhnlichen Gegenbeweis, wenn der Vorbeweis gelingt, und der Delat entweder gar keinen, oder

terwerfen, welche nach der Ansicht gewisser Communisten, [2]) und nach den Bestimmungen der meisten Partikulargesetze für die G.-V. gelten: der Delat darf sich nämlich nicht weiter mehr auf den Eid erklären, wenigstens nicht für die Relation, und hat auch keinen Anspruch auf den Notheid, wenn die G.-V. unvollständig gelingt. [3])

Anderer Meinung nach gemeinem Recht ist Muther in seiner Monographie über die Gewissensvertretung. Siehe dagegen die XIII. Abhandlung, 2. Abtheilung, sub B.

Anderer Meinung nach gemein. und bayer. Recht sind ferner Seuffert, Commentar Bd. III. S. 309. lit. f. 2te Aufl. S. 391. lit. f. Und Hellmuth jetziger Lauf des Civilprocesses bei den bayer. Untergerichten S. 130. nr. 1. und S. 133. Note 5.

Beide Autoren erklären sich gegen die Zulässigkeit der G.-V. bei eventueller Eidesdelation, weil diese von selbst mit der Gegenbeweisführung zusammenfalle, also in Gegenbeweis sich verwandle. [4])

Allein ich habe vergeblich nach einem Grund gesucht, welcher

---

doch keinen zureichenden Gegenbeweis angetreten hatte. S. hierüber den Text oben sub nr. 2.

ad. a. Der Delat kann keine besondere Frist zur Antretung des Exonerationsbeweises begehren, sondern muß denselben unter allen Umständen innerhalb der Reprobatorialfrist mit dem Gegenbeweis antreten, denn G. V. und Gegenbeweis dürfen, wenn nicht Verzögerungen entstehen sollen, nicht successive angetreten und durchgeführt werden, und zwar um so weniger, als es vor Beendigung des Beweisverfahrens immer noch in Frage steht, ob die G. V. nicht ihre Natur ablegen und als Gegenbeweis erscheinen werde.

[2]) Dr. Nissen in seiner Monographie über die G. V. S. 190 flgd. hält dieselbe für einen Rekusationsgrund, und will daher den Rekurs zum Eid ausgeschlossen haben. Muther in seiner Monographie über die G. V., Busch im Archiv Bd. 41 und Heimbach erklären sich wenigstens gegen den Rekurs zur Relation.

[3]) Man vgl. z. B. unsere bayer. G. O. c. 13 § 2 nr. 9, die preuß. A. G. O. I. 10 § 255, die Joseph. G. O. § 204, die galiz. G. O. § 275.

[4]) Hellmuth lehrt: „Wurde in der Beweisantretungsschrift eventuell der Haupteid deferirt, so hat Delat die erforderliche Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung, jedoch ebenfalls nur eventuell abzugeben. Der 3. Weg,

dem Delaten den Weg der G.=V. abschneiden, oder richtiger: der ihn von den nachtheiligen Folgen einer solchen Erklärung [5]) befreien könnte. Warum soll der Delat nicht sagen dürfen: „Ich bin im Voraus überzeugt, daß der Probant mit seinem Vorbeweis (in Folge der von mir vorgebrachten Beweiseinreden) durchfallen werde, was aber den eventuell deferirten Eid betrifft, so erkläre ich mich für die G.=V.?" — Warum soll er aber dann, (wenn man der strengen Ansicht folgt, welche die G.=V. als Rekusationsgrund betrachtet), sich eventuell auf den Eid erklären dürfen, oder nach beiderseits mißlungenem Beweise auf den Schiedseid rekurriren und denselben acceptiren oder referiren können? Warum soll er — wenn man der herrschenden und richtigen Ansicht folgt, welche den Rekurs zum Eid gestattet — nicht auf den Eid zurückkommen dürfen, wenn Vorbeweis und G.=V. mißlungen sind?! — Der Umstand, daß die Wahl der G.=V. dem Delaten im 1. Fall nur zum Schaden gereichen kann, ist doch gewiß kein Grund dafür, die G.=V. im Interesse des Delaten wie einen Gegenbeweis zu behandeln. — Für die Zulässigkeit der G.=V. bei eventueller Eidesdelation erklären sich denn auch die neuesten Schriftsteller.

v. Bayer 8te Aufl. S. 980 a. E. u. 985 a. A.
Wetzell im System S. 178. Note 37. Aufl. 2. S. 263.
Uebereinstimmend ist auch das bayer. Recht
S. meine vergleichende Darstellung des gemein. deutschen und bayer. Prozesses S. 205. I.

---

nämlich die G. V. durch Beweis, fällt weg, da hier dem Probaten ohnedieß der direkte Gegenbeweis vorbehalten ist."

Und Seuffert lehrt: „Bei der eventuellen Eidesdelation fällt die G. V. mit der Gegenbeweisführung zusammen, welche der Delat mit der Erklärung auf die primäre Beweisführung des Deferenten anzutreten hat. Der unternommenen Gegenbeweisführung oder G. V. ungeachtet muß hier (*) Annahme oder Zurückschiebung des eventuell deferirten Eides geschehen."

[5]) Nachtheilig sind die Folgen dieser Erklärung, soferne man der strengen Ansicht beipflichtet, daß die G. V. den Rekurs zum Schiedseid, und die Auflage eines Notheides ausschließt. (S. Note 1.)

---

*) Anmerk. zu Note 4. Sollte eigentlich heißen: „darf und soll hier."

2) In einem Fall hat jedoch Seuffert Recht, wenn er sagt, die G.=V. falle mit der Gegenbeweisführung zusammen. Wenn nämlich der Vorbeweis des Deferenten ganz oder theilweise gelingt, dann verwandelt sich die G.=V. von selbst in einen Gegenbeweis und zwar ohne Zuthun des Delaten und trotz seines allenfallsigen Protestes. Sie hat also den beabsichtigten Effekt bloß dann, wenn der Vorbeweis mißlingt, oder der Delat außer ihm noch so viele andere Reprobationsmittel hat, um den Vorbeweis gänzlich zu=vernichten.

Der wahre Grund dieses Satzes liegt in der Natur der Gewissensvertretung. Sie ist gegen die Wahrheit des Beweissatzes gerichtet, erscheint somit als ein direkter Gegenbeweis. Nun affizirt aber der direkte Gegenbeweis den erbrachten Hauptbeweis, erscheint als ein integrirender Theil desselben, und kann davon schlechterdings nicht getrennt werden. Soll der Richter aus den ihm dargebrachten Beweismitteln von der Wahrheit eines Satzes überzeugt werden, so kann das nicht anders geschehen, als daß er zu gleicher Zeit auch die für das Gegentheil sprechenden Gründe einer Prüfung unterwirft.

v. Linde Lehrbuch §. 236.

Die G.=V., obgleich sie nur eventuell, d. h. für den Fall gewählt wurde, daß der Vorbeweis mißlingen sollte, kömmt also auch dann zur Verwendung, wenn der Vorbeweis gelingt, nur nicht als G.=V., sondern als gewöhnlicher Gegenbeweis, in den sie sich ohne Zuthun des Delaten verwandelt. Es hat daher gar keinen Effekt, wenn der Delat gegen diese Verwandlung protestirt, unter Berufung auf die eventuelle Natur seiner als G.=V. eingeführten Reprobationsmittel. Uebereinstimmend ist auch das bayer. Recht

S. meine vergl. Darstellung rc. S. 206.

3) Der Delat kann, wie wir gehört haben, auch bei eventueller Eidesdelation die G.=V. wählen. Allein er braucht sich nicht dafür zu erklären und soll sich auch nicht dafür entscheiden.

(A. M. Wetzell s. unten S. 285 a. E.)

a. Er soll sich nicht für die G.=V. entscheiden; denn wenn

er es thut, so kann er (nach der Ansicht gewisser Communisten und nach der Vorschrift vieler Partikularprozesse) weder den Schiedseid acceptiren, resp. referiren, noch die Auflage eines Nothseid's beanspruchen, und wird daher sachfällig, wenn die G.-V. mißlingt, oder als Gegenbeweis zur Verwendung kömmt oder unvollständig ausfällt.

b. Er braucht sich aber gar nicht für die G.-V. zu erklären, — er braucht bloß einen direkten Gegenbeweis anzutreten und den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben. Denn dieser Gegenbeweis verwandelt sich von selbst in G.-V., sowie der Vorbeweis mißlungen ist.

Wie nämlich die G.-V. mit der Gegenbeweisführung zusammenfällt, resp. als Gegenbeweis wirkt, wenn nämlich der Vorbeweis gelungen und kein genügender Gegenbeweis angetreten war (s. nr. 2.), — ebenso fällt umgekehrt die Gegenbeweisführung mit der G.-V. zusammen, oder besser gesagt: wirkt als G.-V. (s. g. materielle G.-V.), wenn der Vorbeweis mißlungen war, oder durch einen Theil des Gegenbeweises entkräftet wurde. Von selbst und ohne Zuthun des Delaten verwandelt sich also die G.-V. bisweilen in Gegenbeweis (s. nr. 2.); geradeso verwandelt sich aber auch der Gegenbeweis bisweilen in G.-V., resp. wirkt als G.-V., ohne daß sich der Delat für letztern erklärt hatte. Der Grund dieses Satzes liegt ganz nahe. Auf den Schiedseid darf nur im Nothfall rekurrirt werden, nämlich nur dann, wenn weder für den Deferenten, noch Delaten ein ausreichender Beweis vorliegt. Ist nun für den Delaten eine volle, zur Zerstörung des Vorbeweises unverbrauchte Probe erbracht, so dient dieselbe zum Schutz gegen den Eid, dieser mag nun eventuell acceptirt, referirt oder pro recusato zu halten sein; denn wie kann man den Delaten noch mit einem Eid beschweren, oder ihn für sachfällig erklären, nachdem er die Unwahrheit des Beweissatzes vollständig erwiesen hat? —

Es ist eine allgemein anerkannte und durch
c. 2. X. de probat. (2. 19),

also gesetzlich begründete Regel, daß dasjenige, was vollständig erwiesen ist, durch den Eid weder entkräftet, noch bestärkt werden kann.

v. Bayer S. 981. II. Wetzell System 2. Aufl. S. 260.

Ist aber der unverbrauchte Gegenbeweis, die s. g. materielle G.=B., unvollständig ausgefallen, so muß auf einen Notheid erkannt werden (und zwar selbst dann, wenn man — wie nach uns'rer G. O. c. 13 §. 2 nr. 9 — bei der wirklichen G.=B. die Notheide für unzulässig hält, weil jene eine Art Eidesrekusation ist.) S. unten §. 3. zu IV. ad B. u. E.

Es ist somit auch der 3te Satz erwiesen, daß nämlich bei mißlungenem Hauptbeweis der angetretene Gegenbeweis von selbst als G.=B. — sogenannte materielle G.=B. — wirkt,

S. unten §. 3. III.

vgl. Seuffert l. c. S. 392.

v. Bayer 7te Aufl. S. 601, 8. Aufl. S. 981. II,

und daß sich also der Delat, wenn er Gegenbeweismittel hat, gar nicht ausdrücklich für die G.=B. zu entscheiden braucht, sondern bloß für Antretung des Gegenbeweises und eventuell für Annahme oder Relation des Eides. Ebenso nach bayerischen Recht.

Vgl. meine vergl. Darstellung ꝛc. S. 206 a. E. II. und S. 207.

Ich begreife daher nicht, wie Wetzell im

System S. 178 Note 37.

2. Aufl. §. 27. S. 263

behaupten kann, es sei der eventuellen Eidesdelation gegenüber von Vortheil, nicht bloß den Gegenbeweis, sondern eventuell zugleich den Beweis zur G.=B. anzutreten. Einen eigentlichen Vortheil kann ich hierin nicht erblicken,[6])

---

[6]) Nur insoferne hat der Delat einen Vortheil von der Wahl der G. B., als er sich dann, wenn man der herrschenden und richtigeren Ansicht folgt, welche den Rekurs zum Schiedseid zuläßt, die Annahme oder Relation des letztern bis nach durchgeführtem Beweis pro exoneranda conscientia versparen kann. Ist er nämlich unentschlossen, ob er den Eid annehmen oder referiren soll, so kann es ihm erwünscht sein, einen Aufschub für seine Erklärung zu gewinnen.

sondern eher das Gegentheil! Denn daß der unverbrauchte Gegenbeweis als materielle G.=V. wirkt, ist allseitig anerkannt.

vgl. (außer den oben angeführten Schriftstellern) Martin im
Lehrbuch §. 187, Note 1.
Gensler im Comm. I. S. 320,
und im Archiv Bd. I. S. 159. lit. E.

Dagegen ist es bestritten, ob der Gewissensvertreter, wenn ihm sein Beweis pro exoneranda conscientia mißlungen ist, überhaupt auf den Eid rekurriren könne, wenigstens ist das streitig, ob er dann den Eid auch referiren dürfe. Gegen die Relation erklärt sich bekanntlich die sächsische Auffassung. Die eventuelle Erklärung für die G.=V. scheint mir daher nicht nur nicht von Vortheil, sondern eher nachtheilig zu sein, indem der Gewissensvertreter, wenn der Richter der sächsischen Auffassung folgt, nur den Regreß zur eig'nen Eidesleistung, nicht aber das Recht zur Relation hat. (S. Note 1 oben.)

Inwiefern erblickt nun aber Wetzell in der eventuellen Gewissensvertretung einen Vortheil für den Delaten? Sagt er doch selbst a. a. O. (S. 263):

„Der Gegenbeweis geht wider des Probanten Zeugen= und Urkundenbeweis, welchen er ganz oder theilweise aufheben soll; und daß er dennoch die Ableistung des eventuell deferirten Eides ausschließe, wofern er nach Abrechnung des Hauptbeweises dem Richter noch eine volle positive Ueberzeugung gibt, ist mehr ein zufälliger als beabsichtigter Erfolg."

Wetzell erkennt also die Bedeutung und Wirkung der s. g. materiellen Gewissensvertretung an. Gleich darauf fährt er aber fort:

„Wie er (der Gegenbeweis) denn auch zusammenfällt, wenn auf den Hauptbeweis vor der Realproduktion verzichtet wird, so daß es sich der eventuellen Eidesdelation gegenüber empfiehlt, neben dem Gegenbeweis eventuell zugleich den Beweis zur G.=V. anzutreten."

Auch Renaud im Lehrbuch S. 263 stimmt Wetzell bei.

Dagegen erlaube ich mir folgendes zu bemerken:

a) Was Wetzell hier vom Gegenbeweis sagt (daß er zusammenfalle) gilt nicht bloß dann, wenn auf den Hauptbeweis verzichtet wird, sondern gewiß auch dann, wenn der Hauptbeweis mißlungen ist, oder durch einen Theil des Gegenbeweises paralysirt wurde. Denn in allen diesen Fällen hört der Gegenbeweis auf, als Gegenbeweis zu wirken, es ist kein Hauptbeweis da, und es bedarf daher auch keines Gegenbeweises.

b) Wenn nun auch der Gegenbeweis in den angeführten Fällen seine Natur ablegt, d. h. wenn er aufhört, Gegenbeweis zu sein, so kann doch von einem „Zusammenfallen" desselben keine Rede sein, weil der Eid eventuell deferirt wurde, der Gegenbeweis daher in dem Augenblick die Natur einer G.=V. annimmt, da der Hauptbeweis weggefallen ist. Der Gegenbeweis verschwindet daher nicht, sondern er verwandelt sich von selbst in G.=V., wirkt wenigstens als solche. (S. oben nr. 2.)

c) Da Wetzell diese Wirkung des Gegenbeweises im vorausgehenden Satz selbst anerkennt (s. oben), so ist der folgende Satz, wo er vom Zusammenfallen des Gegenbeweises spricht, in Widerspruch damit.

d) Angenommen aber, der Gegenbeweis falle wirklich zusammen, wenn auf den Hauptbeweis verzichtet wird, so erscheint die eventuelle G.=V. nicht etwa bloß als empfehlenswerth, wie Wetzell behauptet, sondern als unbedingt nothwendig, wenn anders der Delat seine Reprobation als Surrogat des Schiedseides verwerthen will.

e) Auf den Hauptbeweis kann aber bei eventueller Eidesdelation nach Antretung des Gegenbeweises und bis zur Realproduktion der Zeugen und Urkunden, nicht verzichtet werden, wie Wetzell annimmt, sondern nur bis zur Erklärung des Delaten auf den Eid, also bis zur Antretung des Gegenbeweises (da die erstere in der Regel mit der letzteren verbunden wird). Denn es geht nicht an, den eventuell deferirten und durch die Erklärung des Delaten gemeinschaftlich gewordenen Eid zum Schaden desselben in einen primär zugeschobenen zu verwandeln. (S. unten §. 2 ad I.)

§. 2.

Verwandlung der eventuellen Eidesdelation in die primäre, und umgekehrt der primären in die eventuelle.

Wenn der Beweispflichtige keinen Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, und der Delat bereits eine der gesetzlich zulässigen Erklärungen hierauf abgegeben, oder die hiezu festgesetzte Frist versäumt hatte, so kann es dem Deferenten weder gestattet werden:

I. Den eventuell zugeschobenen Eid durch Zurücknahme der vorgängigen Beweismittel in einen primär zugeschobenen zu verwandeln, — noch auch:

II. Den ausschließlich deferirten Eid — abgesehen von einer Restitutio ex capite novorum — durch Einschiebung anderweitiger Beweismittel in einen eventuell zugeschobenen zu verwandeln. —

Die gründliche Motivirung dieser beiden Sätze hängt zunächst von der Erörterung der Vorfrage ab, ob und wie lange es dem Beweispflichtigen überhaupt erlaubt sei, neue Beweismittel nachzutragen, bereits vorgebrachte zurückzunehmen.

Mit der Beantwortung dieser Frage soll jetzt der Anfang gemacht werden.

Hinsichtlich der Ergänzung und Abänderung der Streitschriften überhaupt können verschiedene Momente unterschieden werden, nämlich:

1) Der Moment der Einreichung des betreffenden Schriftsatzes bei Gericht. (S. unten B.)

2) Der Augenblick seiner Mittheilung an die Gegenpartei. (S. unten A. und B.)

3) Der Moment der übergebenen Erklärung hierauf von Seite der Gegenpartei. (S. unten A,)

4) Der Tag des Ablaufs jener Frist, welche für Einrechnung des betreffenden Schriftsatzes anberaumt wurde. (S. unten E. nr. 1.)

Endlich:

5) Der Moment der Ausführung der im betreff. Schriftsatz angebahnten Schritte. (S. unten C. nr. 2.)

Was nun zunächst:

A. Die Zulässigkeit der Klageänderung betrifft, so ist hiefür erst der 3. Moment der entscheidende terminus ad quem: nach der L. C. ist die mutatio libelli unzulässig; so lange sich aber der Beklagte auf die Klage noch nicht eingelassen hat, ist jede Aenderung und Ergänzung der Klage gestattet.

v. Bayer S. 550.

Geständnisse des Klägers können jedoch nur bis zur Mittheilung der Klage an den Beklagten zurückgenommen werden.

S. die Abhandl. VIII. nr. II.

B. Während die Aenderung des Klaglibell's bis zur L. C. zulässig erscheint, ist mit Ausschluß der Geständnisse jede wesentliche Aenderung, resp. Ergänzung der einmal eingereichten Exceptions-, Replik-, Duplikschrift absolut unstatthaft.

J. R. A. §. 37 u. 38.

S. meine Abhandlung in v. Linde's Zeitschrift Bd. 9 S. 311 flgd. und die Abhandl. IV. oben §. 1.

v. Bayer 8. Aufl, S. 652—54.

Im Schriftenwechsel können also die Streitschriften — mit Ausnahme des Klagelibells — nur so lange ergänzt und abgeändert werden, als sie noch nicht in den Gerichtseinlauf gegeben sind,

S. die Abhandl. IV. §. 1 S. 51,

Geständnisse nur so lange zurückgenommen werden, als sie dem Gegner noch nicht amtlich bekannt gemacht wurden.

S. die Abhandl. VIII. nr. II.

Was dagegen:

C. die Abänderung der Beweisantretungs- und Gegenbeweisantretungsschrift betrifft, und zwar: 1) Die Ergänzung derselben — so findet diese so lange statt, als die Beweis- und Gegenbeweisfrist noch im Laufe ist.

Nov. 90. c. 4. c. 15. X. (2. 20.)

Grolmann Theorie ꝛc. S. 385.

Gensler gegen Martin I. S. 318 a. E.

Osterloh Lehrbuch Bd. II. S. 99, Note 1.

Während es also im Schriftenwechsel nicht angeht, seine Vertheidigungsbehelfe successive einzubringen, indem nach §. 37 und 38 des J. R. A. und nach der Praxis Einlassung und Einreden bei Strafe des Ausschlusses zugleich und auf einmal vorgebracht werden müssen, — ist es im Beweisverfahren gestattet, die Probatorial- und Reprobatorialmittel nacheinander, nur natürlich innerhalb der Beweis- und Gegenbeweisfrist, zu benennen.[7])

Was aber: 2) Die Zulässigkeit eines Verzichts auf bereits eingebrachte Beweismittel betrifft, so findet derselbe nach der communis opinio bis zur Realproduktion statt, „testes et documenta productione fiunt communia“

v. Bayer 8. Aufl. S. 933,

nach der neuen von Hesse und Knorr vertretenen Ansicht aber bei Zeugen bis zur Vernehmung, bei Urkunden bis zur Constatirung ihrer Echtheit,

vgl. Archiv für die civ. Praxis Bd. 23 S. 15.
v. Linde's Zeitschrift Bd. 17 S. 9 flgd.

Die Zurücknahme der Beweismittel wird also weder durch die Einreichung der Beweisantretungsschrift bei Gericht, noch durch deren Insinuation an den Probaten, noch durch die Gegenbeweisantretung, noch auch durch den Ablauf der Beweisfrist ausgeschlossen. Erst mit der Abhörung der Zeugen, mit der Echtheitsconstatirung der Urkunden tritt die Gemeinschaft dieser Beweismittel ein, erhält also auch der Produkt ein Recht auf Mitbenutzung derselben.

S. meine Abhandlung XI. A.

Der Beweisführer darf also Zeugen und Urkunden bis zum Ablauf der Beweisfrist in Vorschlag bringen, und die benannten Zeugen bis zum Beginn des Verhörs wieder fallen lassen.

---

[7]) Ebenso im bayer. Prozeß
vgl. Nov. v. J. 1819 § 12. Meine vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und bayer. Prozesses S. 137 und 138. Meine Abhandl. in Linde's Zeitschrift Band 7 S. 279 fgl. besonders S. 281—286.

Der Schiedseid kann endlich nur bis zur Erklärung des Gegners, resp. bis zum Ablauf der hiefür bestimmten Frist, zurückgenommen werden. Durch die Erklärung des Delaten ist er ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden. (Abweichend zum Theil ist die herrschende Ansicht

v. Bayer 8. Aufl. S. 903.

Osterloh Lehrbuch I. S. 390.

Man vergleiche aber dagegen diese Abhandlung S. 300 und Note 12 unten.)

Eine Ausnahme von den beiden Sätzen 1) u. 2) tritt nun aber beim Schiedseid ein. Hat der Delat bereits eine der gesetzlich zulässigen Erklärungsarten auf denselben abgegeben, oder die hiezu vorgesteckte Frist versäumt so ist der Eid ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden, denn es waltet nunmehr zwischen den Parteien ein perfekt gewordenes Vertragsverhältniß ob.

Hieraus folgt, daß der Deferent weder:

I. Die eventuelle Eidesdelation durch Zurücknahme der vorgängigen Beweismittel in eine primäre verwandeln darf, — noch:

II. Die primäre Eideszuschiebung durch Einschiebung andrer Beweismittel in eine eventuelle. —

A. M. ist Dr. Debes in seiner Inauguraldissertation und in Zu-Rheins Zeitschrift, Schmid im Handbuch, Osterloh im Lehrbuch, und Wetzell im System. (S. das folgende.)

ad I.

Hat der Delat den eventuell deferirten Eid angenommen, referirt, rekusirt oder die Erklärung hierauf versäumt, so steht:

1) Der Zurücknahme des Eidesantrags von Seite des Deferenten kein Hinderniß im Wege, obgleich der Eid bereits gemeinschaftlich geworden ist, — weil er nur ein subsidiäres Beweismittel ist, und der Delat durch jene Zurücknahme in keine schlimmere, sondern im Gegentheil in eine bessere Lage kommen würde und daher gegen diese Veränderung keine Einwendung machen könnte. Aber gerade deßhalb wird sich dieser Fall auch nicht leicht ereignen.

Dagegen darf der Deferent:

2) Die primär benannten Beweismittel nicht zurückziehen und auf diese Weise den eventuell deferirten Eid in einen ausschließlich deferirten verwandeln.

Vgl. Dr. Feust in Zu-Rheins Zeitschrift Bd. I. Heft 1. S. 51 flgd., besonders S. 55 u. 56.[8])

Diese Veränderung wäre besonders dann im Interesse des Deferenten, wenn der Eid referirt, oder die Erklärung hierauf versäumt worden. Denn im 1. Fall würde er sofort zur Eidesableistung kommen, im 2. Fall aber würde er den Prozeß sogleich gewinnen, weil hier der Eid als rekusirt gilt. Da nun die primären Beweismittel noch gar nicht produzirt, und also auch nicht gemeinschaftlich geworden sind, so sollte man glauben, daß sie vom Probanten zurückgenommen werden dürften. Dieser Ansicht ist denn auch

Dr. Debes in seiner Inauguraldissertation über das Verhältniß des Schiedseides zu den nothwendigen Eiden. S. 28—30,[9])

und Wetzell System S. 263. S. oben §. 1 ad 3.

---

[8]) Dr. Feust sagt mit Recht:

„Als Grund für die Statthaftigkeit eines solchen Verzichts scheint der Umstand zu sprechen, daß vor der Realproduktion die Beweismittel noch nicht beiden Theilen gemeinschaftlich, sondern ausschließend zu den Rechtszuständigkeiten des Produzenten zu zählen seien, der auf einen Theil seiner Beweismittel ebenso gut, wie auf ein anderes Recht Verzicht leisten könne. — Allein aus der Befugniß, auf einen Theil seiner Beweismittel zu verzichten, folgt noch nicht das Recht des Beweisführers, das nur eventuell zur Hand genommene Beweismittel der Eidesdelation, nach Verlauf der Beweisfrist, einseitig in ein primäres zu verwandeln.“ (Nun folgt die Berufung auf Gensler. S. unten die Note 9.)

[9]) Dr. Debes lehrt a. a. O.:

„In der Praxis geschieht es gewöhnlich, daß nach erfolgter Rekusation des eventuell deferirten Schiedseides der Beweisführer selbst auf seine anderweitigen Beweismittel verzichtet und den Eid zu seinem ordentlichen Beweismittel macht. Diese Cautel beseitigt jeden Zweifel, der etwa über die Pflicht des Richters, den anderweitigen Beweis durchzuführen oder nicht, erhoben werden könnte. Daß ein solcher Verzicht des Beweisführens zuläßig ist, unterliegt keinem gegründeten Zweifel, da zur Zeit der Rekusation des Eides die

Dagegen sprechen nun aber folgende Gründe:

a) Durch die vollzogene, wie durch die unterlassene Erklärung des Delaten auf den Eid ist der letztere ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden, und es kann daher wegen des zwischen den Parteien nunmehr perfekt gewordenen Vertragsverhältnisses keine dem Delaten nachtheilige Veränderung mit demselben vorgenommen werden. Das würde nun geschehen, wenn man bei eventueller Eidesdelation dem Deferenten gestatten wollte, die primären Beweismittel nach der Erklärung des Delaten oder nach verstrichener Reprobatorialfrist fallen zu lassen, und auf diese Weise den eventuell deferirten Eid in einen primär zugeschobenen zu verwandeln. Der Deferent kann nämlich die primo loco vorgeschlagenen Zeugen, obgleich er sie noch lange nicht produzirt, aus dem Grunde nicht zurücknehmen, weil er hiedurch ein anderes bereits gemeinschaftlich gewordenes, mit den Zeugen eventuell verbundenes Beweismittel, nämlich den Schiedseid, in veränderter Form auf die Bahn brächte. Denn hat der Delat überhaupt ein Recht auf ein gemeinschaftlich gewordenes Beweismittel erworben, so muß er consequenter Weise auch ein Recht darauf haben, daß ersteres in seiner ursprünglichen Stellung verbleibe, und daß damit keine ihm nachtheilige Aenderung vorgenommen werde. Eine solche Aenderung wäre nun aber die Verwandlung des eventuellen Eidesantrags

---

Realproduktion mit den anderweitigen Beweismitteln noch nicht vorgenommen, dieselben also noch nicht gemeinschaftlich geworden sind. — Der Produkt hat vor der Realproduktion der Beweismittel noch kein Recht erworben, daß dieselben zur Anwendung kommen müssen. Erst dann, wenn er dieses Recht erworben hat, kann der Produzent keine einseitige Abänderung mehr machen. Bis dahin aber steht es ihm ganz frei, selbst alle seine ordentlichen Beweismittel fallen zu lassen, und den eventuell deferirten Schiedseid zu seinem primären Beweismittel zu machen. Produzent hat zwar allerdings durch diese eventuelle Eidesdelation stillschweigend erklärt, daß er die Entscheidung der Sache vorerst vom Resultat des anderweitigen Hauptbeweises abhängig machen wolle; aber solange der Gegentheil kein Recht erworben hat, daß er dieses thun muß, kann er auch wieder von diesem Vorsatz abgehen."

So argumentirt Dr. Debes, aber gewiß mit Unrecht; denn allerdings hat der Produkt ein Recht erworben, daß die Entscheidung der Sache vorerst vom Resultat des Vorbeweises abhängig gemacht werden! S. den Text oben.

in einen primären. Denn durch die Erklärung des Delaten hierauf, sie mag ausfallen wie sie will, wie durch die Nichterklärung intra terminum, hat derselbe ein jus qnaesitum darauf, daß es auf den Eid nur subsidiär, nämlich bloß dann ankommen solle, wenn durch die primären Beweismittel gar nichts erwiesen werden sollte. Der Deferent kann daher seine Zeugen und Urkunden nicht zurückziehen, um sofort zum referirten Eid zu gelangen, resp. um sofort die Sachfälligkeit des Delaten zu beantragen, wenn dieser keine Erklärung auf den Eid abgegeben, letz'rer also pro recusato zu halten ist. Zeugen und Urkunden werden hier vor der Produktion gemeinschaftlich, weil der damit verbundene Eid bereits produzirt und also gemeinschaftlich geworden ist. In der Ausnahme selbst liegt also eine Bekräftigung der Regel! —

b) Wenn der Beweispflichtige seinem Gegner den Eid deferirt, so verzichtet er sub conditione jurisjurandi auf seine Rechte. Wird nun der Eid referirt, so verzichtet der Delat auf seine Rechte, unter der Bedingung, daß der Deferent schwört. Rekusirt der Delat den Eid, oder gibt er intra terminum keine Erklärung ab und gilt also der Eid als rekusirt, so wird fingirt, daß der Delat auf den Gewinn des Prozesses renunzire. Bei der eventuellen Eidesdelation ist nun aber der Verzicht des Deferenten an die weitere Bedingung geknüpft, daß sein vorgängiger Beweis kein Resultat haben sollte.

Gensler im Archiv Bd. I. S. 158.[10])

[10]) „Wer — sagt im wesentlichen Gensler — andere Beweismittel, als den Schiedseid, zunächst und vorgängig wählte, erklärt hiedurch stillschweigend, daß er die Entscheidung der Sache nach dem Resultate dieses vollkommenen oder unvollkommenen Beweises erwarte, und daß im letzteren Falle der Richter bestimmen soll, welche Partei einen nothwendigen Eid zu leisten habe. — Mit der Erklärung, man trage dem Gegner den Eid eventuell an, ist schon die gesetzliche Bedingung ausgesprochen, soferne der vorgängige Beweis gar kein Resultat haben sollte; diesen Fall und nur diesen soll der Beweisführer im Sinn haben, weil die eventuelle Eidesdelation nur für diesen Fall gegeben ist. Wenn er nun dann, falls sein vorgängiger Beweis nicht gänzlich mißlungen, von jener eventuellen Eidesdelation Gebrauch machen will, so ist dieß ein anderer Eidesantrag, welcher eines Theils erst nach ab

Und also muß auch der Verzicht des Delaten an die nämliche Bedingung geknüpft werden. Denn der Eid kann nur in der Weise angenommen und zurückgeschoben werden, in welcher er zugeschoben wurde. Es kann daher dem Deferenten nicht gestattet werden, durch Fallenlassen der primären Beweismittel den bloß bedingten Verzicht des Delaten einseitig in einen unbedingten zu verwandeln.

Dazu kommt noch: c) Daß ein Verzicht des Probanten auf die primären Beweismittel schon aus dem Grund unzulässig ist, weil dieß dem Probanten zum Vortheil gereichen würde, die Renunziation aber ihrer Natur nach bloß zum Nachtheil, nicht aber zum Vortheil des Renunzianten stattfindet.

Endlich wäre d) die Gestattung einer solchen Befugniß das beste Mittel für den Beweisführer, den Produkten in die Falle zu locken, ihn zu induziren, die Erklärung auf den Schiedseid zu versäumen, wenn er im Voraus überzeugt ist, daß der primäre Beweis nicht ohne Erfolg bleiben werde, es daher auf die eventuelle Eidesdelation gar nie ankommen könne, und sodann von dieser Versäumniß zum Nachtheil des Delaten gegen ihn Gebrauch zu machen.

Vergl. Dr. Feust in Zurhein's Zeitschrift des bayer. Rechts Bd. I. Heft 1. S. 55 u. 56.

Auffallender und inkonsequenter Weise bemerkt aber Dr. Feust am Schluß S. 57:

„Nur in dem einzigen Falle wird ein solcher Verzicht als erlaubt gelten müssen, wenn derselbe noch vor Ablauf der Beweisfrist erklärt wird. Denn bis zu deren Verlauf steht es in der Willkühr des Probanten, jede ihm beliebige Veränderung

---

gelaufenem Beweistermin geschieht, und anderer Seits der verbotenen gleichzeitigen Anhäufung der Eidesdelation neben andern Beweismitteln angehört." —

So richtig das Gesagte ist, so fehlt doch in dieser Argumentation der eigentl. Schlußstein. Mit der eventuellen Eidesdelation ist allerdings die Bedingung ausgesprochen „soferne der vorgängige Beweis gar kein Resultat haben sollte", — aber erst durch die darauf erfolgte Erklärung des Gegentheils, resp. durch die Fiktion derselben nach verstrichener Reprobatorialfrist, wird diese Bedingung für den Deferenten verpflichtend, m. a. W. ist die Gemeinschaft des Eides und somit die Unabänderlichkeit der Delation eingetreten.

an seiner Beweisantretung vorzunehmen; er kann unbestritten bis zu jenem Zeitpunkt bereits namhaft gemachte Beweismittel wieder zurücknehmen und hinzufügen, also auch statt der eventuellen Eidesdelation die Eideszuschiebung als alleiniges und ausschließendes (primäres) Beweismittel substituiren."

Das hier Gesagte ist in doppelter Hinsicht unrichtig. Nicht der Ablauf der Beweisfrist schließt die Zulässigkeit eines solchen Verzichts aus, sondern die Erklärung des Gegners auf die Eidesdelation, sei es die wirkliche oder die fingirte. Es kann also der Deferent auch nach verstrichener Beweisfrist seine primären Beweismittel fallen lassen, wenn seine Beweisantretung vom Gegner noch nicht beantwortet wurde, dagegen kann er, wenn gleich die Beweisfrist noch im vollen Lauf ist, seine Beweismittel nicht mehr zurückziehen, sowie der Delat eine Erklärung auf den Eid abgegeben hatte.[11]) Der Nachweis dieser Sätze liegt in dem oben Gesagten. —

Ich bin bei dieser ganzen Darstellung von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Richter dem Produkten und Delaten in demselben Dekret, durch welches er ihn auffordert, binnen einer peremtorischen Frist (Reprobatorialfrist) den Gegenbeweis anzutreten, zugleich aufgibt, sich binnen gleicher Frist jetzt schon über die Annahme des eventuell zugeschobenen Haupteides zu erklären. Daß der Richter diesen Weg einschlagen kann, wo nicht einschlagen soll, kann wohl nicht bezweifelt werden.

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 980.

Wenn nun aber der Richter den andern möglichen Weg betritt, d. h. das Instruktionsverfahren zunächst nur auf den prinzipaliter angetretenen Beweis beschränkt, und die Auffoderung des Delaten zur Erklärung über den Eidesantrag sowie die weitern Verhandlungen hierüber bis zu dem Zeitpunkt aufschiebt, in welchem es durch die Resultate des Prinzipalbeweises gewiß geworden ist, daß der Eid zu Hilfe genommen werden muß,

v. Bayer S. 979 a. E.

---

[11]) Völlig übereinstimmend hiemit ist das bayer. Recht vgl. meine Abhandl. in v. Linde's Zeitschrift Bd. 7 S. 287 fgl. und meine vergleichende Darstellung ꝛc. S. 139, S. 158—160.

so frägt es sich, ob es nicht wenigstens hier dem Deferenten und Produzenten erlaubt sei, auf das Resultat des Beweisverfahrens, soweit es nicht etwa zum Vortheil des Produkten ausgefallen, zu verzichten, und von der Eidesdelation Gebrauch zu machen, die ja noch nicht gemeinschaftlich geworden, d. h. also den eventuell deferirten Eid in einen primären zu verwandeln.

Bejaht wird diese Frage von

Schmid im Handbuch Bd. II. S. 198, und

Osterloh im Lehrbuch Th. II. S. 155 a. E.

(v. Bayer spricht sich hierüber nicht aus.)

Osterloh lehrt nun a. a. O. nach dem Vorgange Schmids:

„War der Schiedseid nur eventuell gebraucht, so wird zunächst das Beweisverfahren über die übrigen Beweismittel abgesetzt. Hat nun die Beweisführung nur zur mindervollen Ueberzeugung geführt, so hat der Richter, bevor er zur Ergänzung und Beseitigung der beigebrachten Wahrscheinlichkeitsgründe auf einen Notheid erkennt, den Beweisführer zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er jetzt noch vor der Eidesdelation Gebrauch machen, oder es auf den Notheid ankommen lassen wolle, und im 1. Fall das Verfahren auf Eidesantrag einzuleiten."

Es ist mir nicht möglich, dieser Ansicht beizutreten. Allerdings ist hier der Eid noch kein gemeinschaftliches Beweismittel, aber die prinzipalen Beweismittel des Probanten sind es, dessen Zeugen und Urkunden sind längst realiter produzirt, die Zeugen verhört, die Echtheit der Urkunden constatirt, überhaupt das Beweisverfahren beendigt, gemeinschaftlich gewordene Beweismittel können aber nicht mehr zurückgenommen werden. Nach der Art und Weise, wie ich wenigstens das Prinzip der Gemeinschaft verstehe, hat der Produkt nicht nur ein jus quasitum auf den Inhalt der produzirten Beweismittel, wenn sie für ihn beweisen, sondern auch darauf, daß nach dem Resultat des hiedurch erbrachten Beweises auf einen Notheid — Suppletorium oder Purgatorium erkannt werde.

Der Produzent hat also kein Recht, seinen primären Beweis zurückzuziehen. Er hat aber auch kein Interesse dabei. Denn hat er:

a) Mehr als halb erwiesen, so bekömmt er ohnehin durch das Suppletorium das Heft in die Hände. Will er aber nicht schwören, sondern auf den deferirten Schiedseid rekurriren, so frägt es sich erst, ob nicht der Delat referirt, in welchem Fall er sich wieder in der frühern Situation befindet, welche er durch Aufgeben seines Beweises verändern wollte. — Hat er aber:

b) Weniger als halb bewiesen, und sollte also Delat zum Purgatorium kommen, so ist die Hoffnung, durch die Zurücknahme seines Beweises zum Schiedseid zu gelangen, nur eine sehr geringe; denn der Delat wird den Schiedseid wahrscheinlich annehmen. Referirt er ihn aber, dann hätte Delat auch das Purgatorium nicht abgeleistet, da er sich ja nicht getraut, den Schiedseid anzunehmen. Der Probant wäre also ohne das Aufgeben seines Beweises besser daran gewesen, denn er würde dann den Prozeß wahrscheinlich sofort gewonnen haben. Nun ist es freilich möglich, daß Delat, obgleich er nicht gerne schwört, im Gefühl der Gerechtigkeit seiner Sache das Purgatorium ableistet, weil er sonst den Prozeß verliert, dagegen den Schiedseid referirt, weil er hofft, der Gegner werde noch weniger schwören; allein das ist nicht wahrscheinlich. Ferner ist es wieder möglich, daß im Fall a) der Deferent den Schiedseid (das jur. relatum) vorzieht, und der Delat den Notheid (das Suppletorium des Deferenten), weil die Folgen des letzteren durch den bloßen Nachweis der Unwahrheit des Beschworenen paralysirt werden können, jene des erstern aber nur durch den Beweis des Meineids; allein dieses Interesse ist mehr noch, wie das vorhin besprochene, so weitaussehender und also untergeordneter Art, daß es kaum in die Wagschale fallen wird. Denn es setzt voraus, daß keiner von beiden Theilen schwören will, daß aber der Deferent dennoch geschworen hat (das jur. relatum), und daß Delat neue Beweismittel entdeckt, um die objektive Unwahrheit des Beschworenen darthun zu können. (!)

Hiemit glaube ich gegen Wetzell und Renaud dargethan

zu haben, daß der Produzent weder ein Recht, noch auch ein Interesse hat, das Resultat seiner prinzipalen Beweismittel aufzugeben, um auf den Schiedseid zu rekurriren, und daß also auch der Richter weder berechtigt, noch verpflichtet sein kann, den Probanten zur Erklärung aufzufordern, ob er vom Schiedseid Gebrauch machen wolle.

ad II.

So wenig der eventuell deferirte Eid durch Zurücknahme der vorgängigen Beweismittel in einen primär zugeschobenen verwandelt werden darf, wenn einmal der Delat eine Erklärung hierauf abzugeben hatte oder die hiefür festgesetzte Frist verstrichen ist, — ebensowenig und aus denselben Gründen nicht darf unter der angegebenen Voraussetzung der **allein und ausschließlich** deferirte Eid durch Einschiebung anderer Beweismittel in einen eventuell zugeschobenen verwandelt werden. —

Andrer Meinung ist auch hier Dr. Debes in Zu-Rheins Zeitschrift Bd. II. Heft 2 S. 147—151.

Dr. Debes behauptet, der Deferent könne den Schiedseid, wenn ihn der Delat bereits acceptirt, oder referirt oder die Gewissensvertretung gewählt hatte, zwar nicht zurücknehmen, aber doch durch Einbringung and'rer Beweismittel innerhalb der Beweisfrist in einen eventuell deferirten verwandeln.

Allein wenn es auch richtig ist, daß dem Probanten ein successives Anbringen seiner Beweismittel intra terminum nicht versagt werden könne (s. oben S. 289 C.), so muß dieser Satz doch in dem Fall eine Ausnahme erleiden, wenn der Beweis ausschließlich durch den Schiedseid angetreten wurde, und der Delat eine Erklärung hierauf abgegeben hatte. Denn hiedurch ist ja der Eid ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden, und darf also vom Deferenten weder zurückgezogen, noch sonst eine dem Delaten nachtheilige Aenderung damit vorgenommen werden (wie oben ad I. 2. bezüglich eines andern Falls gezeigt wurde). Eine solche wäre aber zweifelsohne die fragliche Metamorphose. Hat nämlich der Delat 1) durch die Annahme oder Relation des Schiedseids ein Recht auf den Eid über-

haupt erworben, so daß eine Zurückziehung desselben absolut unstatthaft ist

vgl. Debes a. a. O. S. 146 u. 147,

so muß er nothwendig auch ein Recht auf ausschließlichen Gebrauch des Eides erworben haben, und zwar per argumentum a fortiori. Denn durch die Verwandlung des primär deferirten Eides in einen eventuell zugeschobenen wird der Delat ungleich empfindlicher verletzt, als durch gänzliche Zurücknahme des Eides. In beiden Fällen kommen neue Beweismittel auf die Bahn, allein im 2ten Fall anstatt des Eides, in unserem Fall neben und mit dem Eid. Im 2ten Fall würde der Probant unterliegen, wenn der von ihm substituirte Beweis mißlänge, in unserem Fall käme es erst noch auf Ableistung des Schiedseides von Seite des Delaten oder Relaten an. Hat aber einmal der Delat ein Recht auf Benützung des Eides, d. h. hat er den von seinem Gegner angebotenen Vergleichsvorschlag angenommen, kann er also darauf bestehen, durch Ableistung des von ihm acceptirten Eides den Prozeß zu seinem Vortheil zu beendigen, oder kann er verlangen, daß der von ihm referirte Eid vom Deferenten und Relaten abgeschworen werde, so braucht er sich doch einen Widerruf der Eidesdelation nicht gefallen zu lassen, und zwar einen partiellen gerade sowenig, wie einen totalen, da im 1ten Fall, d. h. bei der Einschiebung anderer Beweismittel, der Delat noch schlimmer daran ist, als im 2ten Fall, bei deren Substitution! — Durch die Annahme oder Relation des primär deferirten Eides hat der Delat ein jus quaesitum darauf, daß durch diesen Eid und nicht durch andere Beweismittel, und zwar sofort und ausschließlich durch den Eid der Prozeß entschieden werde.[12])

---

[12]) Nach einer ausdrücklichen Vorschrift Justinian's in den

c. 11 Cod. (4. 1.)

ist es dem Deferenten freilich gestattet, „usque ad litis terminum" den Eid zu revozieren und demselben andere Beweismittel zu substituiren, und die communis opinio erlaubt daher dem Delaten, wenigstens im Fall der Acception des Eides, die Revokation

Glück, Commentar XII S. 301.

Das von Dr. Debes zur Begründung der gegentheiligen Ansicht von der Eideserſparung hergenommenen Argument (S. 150 a. a. O.) kann gegen die oben entwickelten Motive nicht in Betracht kommen; denn das Prinzip der Eidesverminderung darf niemals auf Kosten wohlerworbener Rechte einen Partei realisirt werden. [13])

Schmid II S. 360—62.
v. Bayer 8. Aufl. S. 903. Langenbeck Beweisführung III. S. 784 Note a a. E.

Muther in seiner Monographie über die Gewissensvertretung S. 170 Note 1, hat aber auszuführen gesucht, daß auch nach der c. 11 dem Deferenten die erwähnte Befugniß nach geschehener Acceptation oder Relation des Eides nicht mehr zustehe. Und auch Preußer in seiner Abhandlung über die Gewissensvertretung im

Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 10 S. 141 (1863)

stimmt Muther'n insoferne bei, als auch er annimmt, der c. 11 müsse die Voraussetzung zum Grunde liegen, daß der revozirte Eid noch nicht acceptirt oder referirt worden sein könne, weil nach dem damaligen röm. Verfahren (die c. 11 Cod. ist erst später erlassen) die Acceptation oder Relation erst nach der Rechtskraft des Urtheils zu erfolgen hatte. — An eine analoge Anwendung der c. 11 auf unsern heutigen Prozeß ist daher wohl nicht zu denken, und daher die herrschende Ansicht nicht zu billigen, daß der Eid so lange widerrufen werden könne, bis das auf dessen Ableistung lautende Urtheil die Rechtskraft beschritten hat. A. M. ist gleichwohl Renaud im Lehrbuch S. 351 Osterloh I. S. 390.

[13]) Langenbeck (a. a. O.) sagt, ich hätte in Linde's Zeitschrift Bd. 7 S. 293 übersehen, daß der Delat gar kein Recht hat, sich intra terminum schon zu erklären, um dadurch Gemeinschaft des B.weismittels zu bewirken, und daß selbst die richterliche Aufforderung dazu immer nur unter der Voraussetzung verstanden werden kann, wenn Deferent nicht die ihm bis zum Ablauf der Beweisfrist zustehende Aenderung der Beweisvertretung vornehmen sollte.

„Es kommt aber noch hinzu, — fährt Langenbeck fort, — daß nach einer ziemlich allgemein verbreiteten Ansicht ein eventuell deferirter Eid, solange die Unstatthaftigkeit oder Erfolglosigkeit der prinzipalen Beweismittel nicht feststeht, noch gar nicht als angetragen gilt (Seuffert IV. S. 439 b) Will man nun bis zur Realproduktion jener Beweismittel dem Produzenten deren Zurücknahme gestatten (was doch an und für sich nicht bezweifelt wird), so ist ja, wenn sie wirklich zurückgenommen werden, jene Voraussetzung, unter welcher allein der Eid als angetragen betrachtet werden könnte, gar nicht eingetreten, und wie dieser Umstand auf Volgiano's ganze Ansicht widerlegend einwirken würde, sieht man leicht: aus einem noch gar nicht als deferirt anzusehen-

2. Im Fall der Relation würde die Einschiebung anderer Beweismittel als Gewissensvertretung erscheinen. Nun ist aber eine G.-V. des Relaten aus demselben Grunde unzulässig, aus welchem die G.-V. des Delaten erlaubt sein muß; diese ist gestattet, weil sie auf dem Prinzip des wechselseitigen Gehörs und der Gleichheit der Parteienrechte gegründet ist, weil sie das Recht auf den direkten Gegenbeweis ist, zu dessen Vorbringung der Delat noch keine Gelegenheit hatte. Jene, die G.-V. des Relaten und Deferenten kann nicht gestattet sein, weil dieser bereits Gelegenheit hatte, seine anderweitigen Beweismittel einzubringen. Daß er davon keinen Gebrauch gemacht, war seine Sache; daß er aber jetzt keinen Gebrauch mehr davon machen kann, selbst wenn die Beweisfrist noch laufen würde, ist gewiß, weil er bis zur Erklärung des Gegners, d. h. bis zur Relation des Eides diese Einbringung verzögert, und also für immer darauf Verzicht geleistet hat! —

Was sodann 3) den Fall anbelangt, da sich der Delat für die Gewissensvertretung erklärt hatte, so ist hier dem Deferenten die Einschiebung anderweitiger Beweismittel geradesowenig, ja noch weniger gestattet, als im Fall der Acceptation oder Relation des Eides. Zwar behauptet Dr. Debes a. a. O. S. 150/51 das Gegentheil; seine Motivirung beschränkt sich aber lediglich auf Widerlegung des grundlosen Einwurfs,

---

den Eide kann Delat auch keine Rechte herleiten. Die Anwendung der primären Beweismittel dependirt nicht vom Eide, sondern umgekehrt dessen eventuelle Anwendung von jenem." — Soweit Langenbeck. Allein seine Vordersätze sind absolut verwerflich. Die „ziemlich allgemein verbreitete Ansicht" ist einfach unrichtig. Es ist falsch, daß der eventuell deferirte Eid gar nicht als angetragen gilt; denn der Delat ist ja wegen des Eventualprinzips sub poena recusati zur Erklärung darauf verpflichtet. Wenn das aber richtig ist, wenn der Delat seine Erklärung auf den Eid nach durchgeführtem Beweisverfahren nicht mehr nachholen kann, obgleich sich erst hiedurch die Nothwendigkeit der Eideszuschiebung herausgestellt, — dann kann man gewiß auch vom Deferenten — kraft des Prinzip's der Parteigleichheit — erwarten, daß er beim primären (wie beim eventuell deferirten) Eide, nach erfolgter Erklärung des Gegners hierauf stehen bleibe und keine dem Delaten nachtheilige Aenderung damit vornehme! —

der Umstand scheine Schwierigkeiten zu machen, daß wider die G.-V. kein Gegenbeweis zulässig ist, als solcher aber — wenigstens materiell — der anderweitige nachgebrachte Beweis des Deferenten erscheinen würde.

Nicht dieser Umstand ist es, der Schwierigkeiten macht, wohl aber ein anderer, von Debes nicht vorgesehener. Will man nämlich dem Deferenten die Einschiebung anderer Beweismittel erlauben, so muß man den Delaten neuerdings zur Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Schiedseides auffordern. Denn seine Gewissensvertretung verwandelt sich ja in direkten Gegenbeweis (s. oben §. 1 nr. 2), und wird zur Vernichtung des eingeschobenen Vorbeweises verbraucht, der Delat wäre daher schutzlos, wenn man ihn nicht zur Acceptation oder Relation des Eides veranlassen würde. Braucht sich nun aber der Delat eine solche erneuerte Aufforderung gefallen zu lassen? Gewiß nicht! Denn durch die Wahl der Gewissensvertretung ist der Eid gerade so gut gemeinschaftlich geworden, wie durch die Acceptation oder Relation, und der Deferent hat nun durchaus kein Recht mehr, irgend eine dem Delaten nachtheilige Aenderung damit vorzunehmen. Die Verwandlung der primären Eidesdelation in eine eventuelle würde aber dem Delaten wirklich zum Nachtheil gereichen, wenn der eingeschobene Beweis des Deferenten gelingen sollte, denn der Delat müßte es bei gelungenem Gegenweis auf den Eid ankommen lassen, um nicht sachfällig zu werden, während er ohne jene Verwandlung durch seinen Beweis, nämlich durch die G.-V., obgesiegt hätte. Bei mißlungenem Gegenbeweis würde er aber durch jene Verwandlung sachfällig, wenn der Beweis des Deferenten gelingen sollte, während er ohne jene Verwandlung den Rückgriff zum Eid gehabt hätte, der ja bei mißlungener G.-V. gestattet ist.

Es ist somit nachgewiesen, daß die Verwandlung der primären Eidesdelation in die eventuelle, sowie einmal eine Erklärung des Delaten vorliegt, schlechterdings unstatthaft ist, der Delat mag sich nun für Acceptation, Relation oder Gewissensvertretung entschieden haben, weil er ein jus quaesitum darauf

hat, in den zwei ersten Fällen, daß durch den Eid, im letzten Fall, daß durch seinen Beweis der Streit entschieden werde.[14])

§. 3.

Was das Erkenntniß nach durchgeführtem Beweisverfahren bei eventueller Eidesdelation anbelangt, so entscheiden hierüber einerseits die Resultate des Produktionsverfahrens, andrerseits die seiner Zeit abgegebene Erklärung des Delaten auf den Schiedseid

vgl. v. Bayer 8. Aufl. S. 981 a. A.

Es sind hier folgende Fälle möglich:

I. Der Hauptbeweis sowohl als der Gegenbeweis ist mißlungen, es ist also gar nichts erwiesen, weder zu Gunsten des Deferenten noch des Delaten. Hier muß natürlich auf den eventuell deferirten Schiedseid rekurrirt, und zufolge der über denselben früher abgegebenen Erklärung erkannt werden.

vgl. v. Bayer S. 984. V.

II. Bloß der Hauptbeweis ist gelungen, der Gegenbeweis aber mißlungen. Hier muß selbstverständlich definitive zu Gunsten des Probanten und Deferenten gesprochen werden.

III. Der Hauptbeweis ist mißlungen, der Gegenbeweis gelungen. Hier muß definitive zu Gunsten des Reprobanten und Delaten erkannt werden, weil nun eine materielle Gewissensvertretung vorliegt, weil das, was vollständig erwiesen ist, durch den Eid weder bestärkt, noch entkräftet werden kann

c. 2 X. (2. 19),

und daher weder der Delat den eventuell acceptirten Eid mehr zu schwören braucht, noch auch der Deferent zur Ableistung des eventuell referirten Eides gelassen werden darf

v. Bayer S. 981. II.

Wetzell System 2te Aufl. S. 260.

S. oben §. 1. nr. 1. a. E.

---

[14]) Uebereinstimmend hiemit ist auch das bayer. Recht.
S. meine Abhandl. in v. Lindes Zeitschr. Bd. 7. S. 293—296.
Meine vergleichende Darstellung S. 138, 157 u; 200.

IV. Der Hauptbeweis ist unvollständig gelungen, der Gegenbeweis mißlungen, oder umgekehrt: der Hauptbeweis ist mißlungen, der Gegenbeweis unvollständig ausgefallen. Hier ist bald dem Deferenten, bald dem Delaten ein Nothеid aufzulegen. Bloß der referirte Schiedseid hat den Vorzug vor dem Purgatorium des Deferenten.

S. hierüber unten Seite 306 flg.

V. Sind beide Beweise ganz oder zum Theil gelungen, liegt also eine Collision des Haupt- und Gegenbeweises vor, so ist nach meinem Dafürhalten nicht nach dem Subtraktions-, sondern nach dem Bevorzugungsprinzip zu entscheiden.

S. hierüber die Abhandlung XIV.

Es muß also 1) allzeit dem Probanten der Nothеid aufgelegt werden, wenn er mehr als halben oder vollständigen Beweis geliefert, und der Gegenbeweis schwächer ausgefallen ist, die Differenz zwischen beiden mag groß oder gering sein. (Nach dem Subtraktionsprinzip muß dem Reprobanten der Nothеid zuerkannt werden, wenn die Differenz zwischen beiden Beweisen nur unbedeutend ist.)

S. die Abhandlung XIV. §. 3. ad c.

Dagegen ist 2) dem Delaten das Purgatorium zu geben, wenn beide Theile weniger als halben Beweis geliefert und das Uebergewicht auf des Probanten Seite ist.

Ferner muß 3) allzeit dem Delaten der Nothеid aufgelegt werden, wenn er mehr als halben oder ganzen Gegenbeweis geliefert und entweder das Uebergewicht auf seiner Seite ist, oder beide Beweise gleichstark ausgefallen sind, sie mögen nun vollständig oder unvollständig gelungen sein. (Nach dem Subtraktionsprinzip müßte bei gleichstarken Beweisen auf den Schiedseid rekurrirt, bei stärkerem Gegenbeweis aber dem Probanten der Nothеid (Purgatorium) zuerkannt werden, wenn der Unterschied zwischen beiden Beweisen nur ein geringer ist, d. h. eine weniger als halbe materielle Gewissensvertretung resultirt.)

S. die Abhandlung XIV. §. 4.

Endlich muß 4) dem Probanten das Purgatorium gegeben werden, wenn beide Theile weniger als halben Beweis erbracht und das Uebergewicht entweder auf Seite des Reprobanten ist, oder beide Theile gleichstark bewiesen haben, — während nach dem Subtraktionsprinzip, wenigstens im letzten Fall, auf den Schiedseid rekurrirt werden muß.[14])

Zu IV.

Die Hauptschwierigkeit bietet — abgesehen von den Collisionsfällen (s. oben V.) — der Fall IV. dar, wenn nämlich für den einen oder andern Theil ein unvollständiger Beweis geliefert ist. Es frägt sich nämlich dann: Kömmt es zum Schiedseid oder zum Notheid, und zu welchem Notheid? — Man unterscheide:

A. Der unvollständige Beweis ist zu Gunsten des Probanten und Deferenten ausgefallen.

Hier sind folgende Fälle möglich:

1) Der Delat hatte gar keine Erklärung auf den eventuell deferirten Schiedseid abgegeben.

War hier der Beweis a. über die Hälfte gelungen, so muß dem Probanten das Suppletorium gegeben werden. (Ebenso nach bayer. Recht, vorausgesetzt, daß sich der Probant innerhalb der Beweisfrist dazu erboten hatte. G. O. c. 13. §. 2. nr. 1. Nov. v. J. 1837 §. 41.)

War aber der Beweis b. weniger als halb ausgefallen, so erhält der Delat das Purgatorium. (Ebenso nach bayer. Recht. Nov. v. J. 1837 §. 41 u. 42.)

Für die aufgestellte Ansicht haben sich erklärt:

Gensler im Archiv I. S. 157 u. 158.

Dr. Feust in Zurheins Zeitschrift Bd. I. Heft 1. S. 53 flgd.

---

[14]) Wäre der Eid nicht deferirt worden, so müßte in den Fällen 3 und 4 (bei gleich starken Beweisen, wie bei stärkerem Gegenbeweise) (nach der Bevorzugungs-, wie nach der Subtraktionsmaxime) zu Gunsten des Reprobanten definitive gesprochen werden.

S. die Abhandlung XIV.

Für die gegentheilige Meinung aber, daß dem Delaten in beiden Fällen die poena jurare nolentis treffen müsse, also gegen die Notheide, hat sich ausgesprochen

Dr. Debes in seiner Inauguralabhandlung über das Verhältniß des Schiedseides zu den nothwendigen Eiden §. 8. S. 28—30.

Und gegen die Auflage des Purgatorii wenigstens: ein (ungenannter) bayer. Anwalt in

Zurheins Zeitschrift Bd. II. Heft 2 S. 202—205.

Zur Begründung der eigenen, wie zur Widerlegung der gegentheiligen Ansicht, glaube ich mich auf folgende Gründe berufen zu können:

a) Das Stillschweigen des Delaten auf die Eideszuschiebung läßt offenbar zwei Auslegungen zu, einmal: daß er nicht schwören könne, oder nicht schwören wolle, und auch den Gegner nicht zum Eid kommen lassen wolle; — und dann: daß er es für überflüssig erachte, sich auf den Eid zu erklären, weil er im Voraus überzeugt ist, daß der primäre Beweis nicht erfolglos bleiben, und daß es daher gar nicht zum Schiedseid kommen werde. — Die erste und strengere, dem Delaten nachtheilige Auslegung will Debes zu Grunde legen, weil ja denjenigen, der sich auf den deferirten Eid nicht erklärt hatte, nach den Gesetzen die poena jurare nolentis treffe, und ihm also auch das Purgatorium nicht zuerkannt werden dürfe. — Da indessen das Stillschweigen des Delaten auch noch eine zweite, ihm günstigere Auslegung zuläßt, und zwar diese zweite Auslegung so gut wie die erste, so fehlt das factum concludens, um ihn sofort zu verurtheilen, es muß vielmehr, je nach dem Resultate des Vorbeweises, entweder dem Deferenten das Suppletorium oder dem Delaten das Purgatorium aufgelegt werden. Hätte der Delat den Schiedseid referirt, so dürfte ihm freilich nicht das Purgatorium aufgelegt werden, denn dann hätte er unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er selbst nicht schwören könne, oder doch nicht schwören wolle. Hätte er den Schiedseid ausdrücklich refusirt, dann dürfte weder aufs Purgatorium noch

auf's Suppletorium erkannt werden, weil der Delat erklärt hatte, daß er es weder auf den eigenen, noch auf den Schwur des Gegners ankommen lassen wolle. Nun hat er aber die Reprobatorialfrist unbenützt verstreichen lassen, und es muß folglich zwar der Schiedseid für rekusirt erachtet werden, keineswegs aber auch jeder and're Eid, keineswegs auch das Purgatorium des Delaten, wenn die Bedingungen desselben gegeben sind, da ja der Delat zur Erklärung hierüber noch gar nicht aufgefodert worden war und überhaupt nicht aufgefodert wird; — und ebensowenig kann suppositis supponendis das Suppletorium des Deferenten in Folge der fingirten Rekusation des Schiedseids für nachgelassen gelten, da ja die Zuerkennung und Auflegung des ersteren von der Erklärung des Delaten völlig unabhängig ist. Daraus also, daß auf den Schiedseid nicht erkannt werden kann, folgt durchaus nicht, daß auch kein nothwendiger Eid auferlegt werden darf. Diese Folge könnte nur dann eintreten, wenn der Delat den Schiedseid, dessen Inhalt ja mit den Notheiden coinzidirt, rekusirt hätte. Weil aber der Delat keine Erklärung abgegeben, somit seine wahre Intention zweifelhaft gelassen, hat er sich des Schwurs in der Sache nicht begeben, hat er auch den Gegner des Eides nicht entbunden; der Schiedseid wurde nicht wirklich rekusirt, er gilt bloß pro recusato; aber eben deßhalb kann bloß dieser Eid, keineswegs aber auch jeder andere ausgeschlossen sein. — Soviel zur Widerlegung der von Debes a. a. O. gegen die Notheide überhaupt, und von dem bayer. Anwalt in Zurheins Zeitschrift wider das Purgatorium insbesondere ausgeführten Gründe. — Hiezu kömmt aber noch ein weiterer, schon früher und bei einer andern Gelegenheit berührter Grund. Würde nämlich:

b) Den Delaten die poena jurare nolentis treffen, so würde der Richter nicht bloß den eventuell deferirten und in dieser Form längst gemeinschaftlich gewordenen Eid eigenmächtig in einen primär zugeschobenen verwandeln, sondern er würde auch die durch die Produktion bereits gemeinschaftlich gewordenen Zeugen und Urkunden zurückziehen. Das könnte der Deferent und Probant nicht (wie wir oben gehört haben), um wiel viel weniger darf es also der Richter! —

Andrer Meinung bezüglich des Deferenten Schmid und Osterloh s. oben ad I. Seite 391; —

Wir kommen nun an die Fälle, wo der Delat auf die Eideszuschiebung eine Erklärung abgegeben hatte. Wenn nämlich:

2) Der Delat den eventuell deferirten Schiedseid acceptirt hatte, so muß geradeso, wie im Fall 1, erkannt werden, d. h. es ist entweder:

a) Dem Deferenten das Suppletorium, oder:

b) Dem Delaten das Purgatorium aufzulegen, je nachdem der Vorbeweis mehr, oder weniger als halb ausgefallen ist.

vgl. v. Bayer S. 982.

(Die Widerlegung des Einwurfs, es sei gleichgiltig, ob auf's Purgatorium oder auf den Schiedseid erkannt werde s. unten B. nr. 1. a.)

3) Der Delat hatte den eventuell deferirten Schiedseid referirt.

War hier der Hauptbeweis:

a) Mehr als halb gelungen, so ist dem Deferenten und Relaten gleichfalls das Suppletorium zu geben.

Dr. Debes a. a. O. S. 11 - 13.

v. Bayer S. 982.

War aber der Hauptbeweis:

b) Weniger als halb ausgefallen, so ist meines Erachtens auf den Schiedseid zu rekuriren, das jur. relatum hat also den Vorzug vor dem Purgatorium.

vgl. Seuffert 2. Aufl. Th. III. S. 397.[15])

[15]) In der 1. Auflage seines Buchs Th. III. S. 313 war Seuffert noch der gegentheiligen Ansicht. „Die Bedenken — sagt er, — welche früher den Delaten vom Erbieten zum eignen Schwören abhielten, können ebendadurch, daß die Beweisführung des Gegners wenig Erfolg hatte, gehoben worden sein.“ Allein mit größerem Recht kann man sagen, daß diese Bedenken gerade dadurch gesteigert wurden, daß die Beweisführung doch einigen

Der wahre Grund dieser Entscheidung scheint mir darin zu liegen, weil der Delat durch die Relation des Eides ganz unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, daß er selbst nicht schwören könne, oder doch nicht schwören wolle, und also nahezu ein Meineid zu befürchten wäre, wollte man ihm doch das Purgatorium zuerkennen, welches seinem Inhalt nach bekanntlich — wenigstens in der Regel — mit dem Schiedseid zusammenfällt. Ich kann daher

Wetzell im System 2. Aufl. S. 259 nr. 1

nicht beipflichten, wenn er bemerkt, daß der Notheid hier „billigkeitshalber" gegen den Schiedseid zurückgestellt werde, und ebensowenig Bayer S. 982 III. und Debes §. 2 S. 13 beitreten, welche behaupten, der Produzent könne durch Verzichtleistung auf den weniger als halben Beweis die Zulassung zum referirten Eid bewirken, außerdem sei auf das Purgatorium zu erkennen. Die Natur des Verzichts bringt es ja mit sich, daß derselbe nur bei solchen Ergebnissen stattfindet, welche dem Verzichtenden zum Vortheil, nicht aber auch bei solchen, welche ihm zum Nachtheil gereichen. Der weniger als halbe Beweis ist nun aber ein Resultat, welches dem Probanten (Deferenten) zum Nachtheil gereicht, weil es die Auflage des Notheides an den Gegner (Purgatorium) zur Folge hat, der Deferent und Probant kann daher nicht darauf „verzichten," um selbst zum Eide (jur. relatum) zu gelangen. Dazu kommt, daß der fragliche Hauptbeweis längst gemeinschaftlich geworden, der Produkt also ein wohlerworbenes Recht darauf hat, daß derselbe nicht zurückgezogen, sondern je nach seinen Resultaten auf einen Notheid erkannt werde. Daher findet nach meinem Dafürhalten der Rekurs zum Schiedseid nicht aus den von Wetzell und Bayer angeführten Gründen statt, sondern unabhängig von den Anträgen des Delaten aus der oben angeführten höhern Rücksicht der Meineidsvermeidung, und

---

Erfolg gehabt. Der Schiedseid wurde ja eventuell deferirt und referirt, d. h. bloß für den Fall, daß der Vorbeweis gänzlich mißlingen sollte. Wenn sich nun der Delat für diesen Fall nicht zu schwören getraut, so wird er sich noch weniger dann zu schwören getrauen, wenn ein Beweis gegen ihn erbracht wurde, wenn gleich ein geringer! —

hat also das jur. relatum ausnahmsweise den Vorzug vor dem Purgatorium des Delaten. —

4) Hätte endlich der Delat den eventuell zugeschobenen Haupteid ausdrücklich refusirt, so müßte:

a) Bei mehr als halb gelungenem Hauptbeweis auf's Suppletorium des Deferenten;

b) Bei weniger als halbem Hauptbeweis dagegen definitive zum Nachtheil des Delaten erkannt werden, wenn anders der Schiedseid seinem Inhalt nach mit dem Purgatorium coinzidirt. —

B. Der unvollständige Beweis ist zu Gunsten des Delaten ausgefallen, — es liegt ein unverbrauchter Gegenbeweis, eine s. g. materielle Gewissensvertretung vor. [16])

Die möglichen Fälle sind auch hier:

1) Der eventuell deferirte Schiedseid wurde acceptirt. Wenn der Gegenbeweis:

a) Ueber die Hälfte gelungen war, so ist dem Delaten das Suppletorium zu geben.

vgl. v. Bayer S. 982 IV. nr. 1.

Man wende ja nicht ein, es sei gleichgiltig, ob auf den Schiedseid, oder auf den Ergänzungseid erkannt werde; denn der Deferent hat nicht bloß ein Recht darauf, daß seinem Gegner das Suppletorium und nicht der Schiedseid auferlegt werde, er hat auch ein Interesse dabei, weil er ja den Gefährdeeid nicht zu schwören braucht, wenn auf's Suppletorium erkannt wird, und überdieß die Folgen des abgeleisteten Notheids viel leichter paralysiren kann, als jene des Haupteides, da zur Entkräftung des ersteren der Nachweis der objektiven Unwahrheit des Beschwornen hinreicht, zur Entkräftung des letztern aber der Beweis eines Meineids nothwendig ist. — Wenn dagegen die materielle G.-V.:

---

[16]) Die materielle G.-V. ist auch dann anzunehmen, wenn der Produzent gegen sich bewiesen, der Produkt aber gar keinen Gegenbeweis angetreten hatte.

v. Bayer 8. Aufl. S. 981 II. u. S. 982 IV.

b) Weniger als halb gelungen war, so muß dem Deferenten das Purgatorium zuerkannt werden. Allerdings befindet sich hier der Delat in einer schlimmeren Lage, als wenn er gar nichts bewiesen hätte, weil er ja dann zum Eid gekommen wäre. Der Delat hat daher ein Interesse, den für ihn sprechenden Beweis zurückzuziehen, um zur Ableistung des eventuell acceptirten Schiedseides zu gelangen. Allein er hat hiezu kein Recht; wohl aber hat der Deferent ein Recht, daß der Beweis des Delaten, der längst gemeinschaftlich geworden, nicht zurückgezogen werde.

And'rer Meinung Dr. Debes a. a. O. S. 14.

Und v. Bayer S. 984 nr. 2. Absatz 2.[17])

2) Wurde der eventuell deferirte Haupteid referirt, so ist meines Erachtens dem Deferenten immer das Purgatorium zu geben, also nicht bloß dann, wenn die materielle Gewissensvertretung:

a) Weniger als halb ausgefallen,

v. Bayer S. 984 nr. 2. Abs. 1,

sondern auch in dem Fall, wenn sie:

b) Mehr als halb gelungen war. Denn durch die Relation hatte der Delat ganz unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er selbst nicht schwören könne, oder doch nicht schwören wolle, es wäre daher ein Meineid zu befürchten, wollte man ihm das Suppletorium auflegen, welches ja seinem Inhalt nach mit dem Schiedseid völlig

---

[17]) v. Bayer lehrt:

„Hatte der Produkt den Haupteid eventuell acceptirt, so ist zwar zunächst die Auflage des Reinigungseides gegründet. Wenn jedoch der Produkt auf den für ihn sprechenden geringen Beweis verzichtet, so kann er verlangen, zur Ableistung des Haupteides gelassen zu werden. Ein Protestationsrecht von Seite des Deferenten kann hingegen nicht als begründet erachtet werden, indem er sich die Zulassung seines Gegners zum Haupteid selbst dann hätte gefallen lassen müssen, wenn der prinzipale Beweis minder ungünstig für ihn ausgefallen wäre, nämlich, wenn er nur gar kein Resultat, also wenigstens doch kein positiv nachtheiliges für ihn geliefert hätte.“

zusammenfällt. Es muß daher dem Deferenten das Purgatorium aufgelegt werden.

And'rer Meinung v. Bayer S. 983.

Nimmt man nun aber mit Bayer l. c. an, es sei weniger ein falscher Eid zu befürchten, wenn man den Delaten und Reprobanten schwören läßt, der mehr als halben Beweis für sich hat, als wenn man den Eid dem Deferenten gestattet, der mehr als halben Beweis gegen sich hat, dann muß das Suppletorium aufgelegt werden, und kann der Delat durch Verzicht auf seinen Beweis den Relationsantrag nicht erneuern, weil jener Beweis längst gemeinschaftlich geworden, der Gegner somit ein Recht darauf hat, daß derselbe nicht mehr entfernt, sondern nach dem Resultat desselben auf einen Nothеid erkannt, also hier das Suppletorium aufgelegt werde.

And'rer Meinung ist aber auch hier v. Bayer, welcher behauptet, dem Delaten könne die Freiheit nicht bestritten werden, auf die doch nur für ihn allein vortheilhaften Beweisresultate zu verzichten. Allein sind denn diese Beweisresultate wirklich für ihn vortheilhaft, für den Gegner nachtheilig?! — Ich möchte das in Zweifel ziehen. Daß der Delat nicht schwören kann oder wenigstens nicht schwören will, hat er durch die Relation des Schiedseides bereits zu erkennen gegeben, der Eid ist demnach für ihn kein Vortheil, sondern ein Nachtheil, auf Nachtheile findet aber kein Verzicht statt. — Nehmen wir nun an, der Deferent wolle ebensowenig schwören, als der Delat, dann sind die Beweisresultate — geradezu umgekehrt — nachtheilig für den Delaten, da ihn das Suppletorium trifft, und vortheilhaft für den Deferenten, der vom Eid befreit wird. Wie kann also dann der Delat auf seinen Beweis verzichten, ohne dem Gegner zu präjudiziren, und sich selbst einen Vortheil zuzuwenden, und verstößt nicht das Eine gegen das Prinzip der Gemeinschaft, das Andere gegen die Natur des Verzichts?! —

4) Hatte der Delat auf die eventuelle Eideszuschiebung gar keine Erklärung abgegeben, so muß, wie im Fall 1, auf's Suppletorium oder Purgatorium erkannt werden, je nachdem die materielle G.-V. mehr oder weniger als halb ausgefallen war. S. oben A. nr. 1.

5) Hatte endlich der Delat den eventuell deferirten Schiedseid ausdrücklich rekusirt, so müßte, wie im Fall 2, dem Deferenten das Purgatorium gegeben werden, wenn auch die materielle G.=V. mehr als halb ausgefallen war. [18])

Wenn man bei der wirklichen G.=V. den Rekurs zum Schiedseid und die Notheide für unzulässig hält, und zwar deßhalb, weil die G.=V. als eine Art Eidesrekusation erscheint, so ist meines Erachtens bei der materiellen G.=V. in den Fällen 1—4 dessenungeachtet auf's Suppletorium oder Purgatorium zu erkennen.

Die Ansicht, daß die G.=V. eine Eidesverweigerung involvirt und daher den Rückgriff zum Schiedseid ausschließt, wenn sie mißlungen ist, hat wenigstens eine historische Berechtigung,

S. Dr. Nissens Monographie S. 190 flgd.,

und ist in die meisten deutschen Partikularprozeßordnungen, so z. B. in unsere bayer. G. O. c. 13 §. 2 nr. 9 übergegangen (S. Note 1).

Durch die Wahl der G.=V. hat demnach der Delat unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er in der Sache weder selbst schwören, noch auch den Deferenten zum Schwur kommen lassen wolle. Da nun die Notheide ihrem Inhalt nach mit dem Schiedseid coinzidiren, so erscheint es als vollkommen consequent, daß, wenn die Rückkehr zum Schiedseid bei mißlungener G.=V. verschlossen ist, auch auf einen Notheid bei unvollständig ausgefallener G.=V. nicht erkannt werden darf, daß vielmehr in beiden Fällen zum Nachtheil des Delaten definitiv entschieden werden müsse. Das Purgatorium des Deferenten gegen die weniger als halb gelungene G.=V. würde ja mit dem jur. relatum, das Suppletorium des Delaten über die mehr als halb gelungene G.=V. mit dem acceptirten Schiedseid zusammenfallen. Diese Ansicht, die auffälligerweise keiner der Rechtslehrer auf-

---

[18]) Was das bayer. Recht betrifft, so verweise ich hinsichtlich der Fälle I–IV (§. 3 oben) auf

meine Abhandl. in Linde's Ztschr. Bd. 7. S. 322—335, und meine vergleichende Darstellung S. 210—215.

stellt, welche die G.=V. als eine Eidesrekusation ansehen,[19]) ist in unsere bayer. G.=O. v. 1753 cap. 13 §. 2 nr. 9 übergegangen, und erscheint mir wenigstens als die logische Consequenz der oben aufgestellten Vodersätze.

Ist nun gleich die Rückkehr zum Schiedseid und die Auflage der Notheide bei der wahren G.=V. unstatthaft, so folgt daraus keineswegs, daß sie es auch bei der materiellen G.=V. sei. Das Dasein einer unzureichenden materiellen G.=V. steht der Wirksamkeit der eventuell geschehenen Annahme oder Relation des Eides ebensowenig im Wege, als der Zuerkennung eines Notheides. Denn:

Die materielle G.=V. ist keine wahre und eigentliche G.=V., indem sie ja der Delat nicht als solche, sondern nur als Gegenbeweis eingeführt hatte, ihr Dasein also nicht von der Erklärung des Delaten auf den gegnerischen Beweisantritt datirt, sondern vom zufälligen Ergebniß des Produktionsverfahrens abhängt. Sie ist daher keine G.=V., sondern ein unverbrauchter Gegenbeweis, der auf einmal als G.=V. wirkt, weil der Vorbeweis mißlungen ist. Bei eventueller Eidesdelation ist ja der Delat gezwungen, neben der Erklärung auf den Eid einen Beweis (direkten Gegenbeweis) anzutreten, letzteren zum Schutz gegen den Vorbeweis, erstere zum Schutz gegen die Annahme der Eidesrekusation. Die Resultate dieses Beweises hat der Reprobant begreiflicher Weise nicht in seiner Hand; denn kann er im Voraus wissen, welches Ergebniß seine Re=

---

[19]) Nissen betrachtet die G.=V. als Rekusationsgrund und hält doch S. 209 die Notheide für zulässig. —

Muther, welcher bekanntlich die Relation des Eides mit der G.=V. für unvereinbar hält, sagt zwar ganz folgerichtig:

„Da das Purgatorium mit dem jur. relatum identisch wäre, durch die Wahl der G.=V. aber die Relation des Eides ausgeschlossen wird, so würden wir auf einem Umweg und wider den erklärten Willen des Delaten dasjenige zulassen, was eben nur als freier Willensakt des Delaten Bedeutung hätte."

Aber gleich darauf (S. 260) stimmt er — im vollen Widerspruch mit der obigen Aeußerung — dem von Busch (Archiv Bd. 42 S. 12 flgd.) aufgestellten Satze bei, daß das Purgatorium des Deferenten nur dann denkbar und zulässig sei, wenn der Rückgriff zum Schiedseid gesetzlich ausgeschlossen, nicht aber dann, wenn er gestattet ist! —

probation im Zusammenhalt mit dem Vorbeweis liefern werde, kann er im Voraus bemessen, ob und wie weit dieselbe zur Widerlegung des Hauptbeweises nothwendig ist, ob und welche G.-V. durch sie hergestellt wird? — Könnte er das, dann müßten ihn freilich bei der eventuellen Eidesdelation die Folgen einer unzureichenden materiellen G.-V. geradeso treffen, wie bei der primären Eideszuschiebung die Folgen einer mißlungenen wirklichen G.-V. Da er aber das nicht kann, so muß:

a) Auf Ableistung des Schiedseids erkannt werden, je nach der früher hierüber abgegebenen Erklärung, wenn die materielle G.-V. nicht einmal eine Viertelsprobe darstellt, und:

b) Ein Notheid — Suppletorium oder Purgatorium — aufgelegt werden, wenn die materielle G.-V. unvollständig ausgefallen ist.

Ist endlich:

c) Der Vorbeweis mißlungen und die materielle G.-V. vollständig gelungen, so muß definitive für den Delaten erkannt werden. (vgl. v. Bayer S. 981.) Die eventuelle Annahme oder Relation des Schiedseides steht also der Wirksamkeit einer gelungenen materiellen G.-V. ebensowenig im Wege (lit. c.), als umgekehrt das Dasein einer unzureichenden materiellen G.-V. der Wirksamkeit eventueller Eidesannahme (lit. a.), resp. der Zuerkennung eines Notheids (lit. c.).

Anderer Meinung in letzt'rer Beziehung und insbesondere auf dem Gebiet des bayer. Prozesses sind die Autoren

Seuffert a. a. O. S. 391 flgd. und

Hellmuth l. c. S. 133 Note 5,

welche sich zwar für den Rekurs zum Schiedseid, je nach der früher abgegebenen Erklärung, aber gegen die Auflage eines Notheid's entscheiden. Dieß scheint mir aber sehr inconsequent zu sein.

Gestattet man einmal dem Delaten bei unzureichender materieller G.-V. den Rückgriff zum Schiedseid, obgleich bei unvollständiger wirklicher G.-V. nach G. O. c. 13 §. 2

nr. 9 seine Sachfälligkeit ausgesprochen werden müßte, — was steht dann im Wege, noch einen Schritt weiter zu gehen, und statt des Schiedseides, zur Ergänzung oder Vernichtung der materiellen G.=V., einen nothwendigen Eid aufzulegen, da es denn doch einmal zum Schwur kommen soll? —

Das Nähere nach bayer. Prozeßrecht s. in meiner Abhandlung im Archiv für civil. Praxis Band 33 Seite 47—52, S. 60—67, und in meiner vergleichenden Darstellung des gemeinen deutschen und bayer. Civilprozesses S. 208 u. 209. —

Wenn man freilich der Ansicht ist, welche Muther, Wetzell und Andere aufstellen, daß bei der wirklichen G.=V. die Notheide deßhalb unstatthaft sind, weil der Angegriffene (Reprobant) kein Suppletorium, und der Angreifer (Probant) kein Purgatorium schwören könne, dann darf man auch bei der materiellen G.=V. die Notheide nicht auflegen, und es ist jedenfalls inconsequent, wenn Busch und Muther bei der wahren G.=V. die Notheide aus dem angeführten Grund ausschließen, bei der materiellen aber zulassen.

S. die Abhdl. XIII. B. nr. 3.

Was aber die Stichhaltigkeit des angeführten Grundes anbelangt, so glaube ich, daß dem betreffenden Argument die Spitze abgebrochen wird, wenn man die Natur der G.=V. als eines direkten Gegenbeweises ins Auge faßt, und erwägt, daß durch den Notheid nicht die G=V., d. h. der Gegenbeweis, vollgeschworen, resp. weggeschworen wird, sondern vielmehr der Hauptbeweis, welcher nach der Subtraktion des Gegenbeweises noch übrig bleibt.

S. die Abhdlg. XIII. A. VI. nr. 2. lit. c.

Folgt man nun der herrschenden, und wie mir scheint auch richtigen Ansicht, daß bei der wahren G.=V. die Notheide zulässig sind, so muß man sie auch bei der materiellen G.=V. auflegen, vorausgesetzt, daß der betreffende Beweis unvollständig ausgefallen ist.

XIII. Abhandlung.

Zur Lehre von der Gewissensvertretung.

Vergleiche meine Abhandlung in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 19 (v. J. 1862) und die XII. Abhandlung oben §. 1 und §. 3 B.

Gegen die herrschende Lehre im Gebiet der Gewissensvertretung bei primärer und eventueller Eidesdelation haben sich in jüngster Zeit gewichtige Stimmen aus der Reihe der Theoretiker sowohl als der Praktiker vernehmen lassen. Zuerst Heimbach und Ortloff

in ihren und Vermehrens jur. Abhandlungen, Band I. und II.

Dann Busch im

Archiv Bd. 41. S 255 flgd., Bd. 42. S. 1 flgd.

Besonders aber Muther in seiner eben so umfangreichen als gründlichen und ausgezeichneten Monographie:

Die Gewissensvertretung im gemeinen deutschen Recht mit Berücksichtigung von Partikulargesetzgebungen. Erlangen 1860.

(S. A. nr. I—VI unten; dann B. I u. II.)

Zum Theil auch Dr. A. Nissen in seiner trefflichen historischen Abhandlung

Die Gewissensvertretung nach gemeinem deutschen Prozeßrecht. Leipzig 1861.

Und O.-A.-G.-R. Preusser (in Kiel) im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 10. S. 145 flgd.

Ferner Wetzell im System S. 263.

Endlich Renaud im Lehrbuch S. 359. (S. A nr. V. und VI. unten.)

Es soll hier versucht werden, mehrere Sätze der communis opinio, dann die von mir über die G.-V. bei eventueller Eidesdelation aufgestellten Thesen der vorigen Abhandlung gegen die neuere Anfechtung von Busch und Muther in Schutz zu nehmen.

Ich folge hiebei im Ganzen dem von Muther im 3. Buch seiner Monographie („das heutige Recht der Gewissensvertretung") aufgestellten Systeme, woran ich nur das auszusetzen habe, daß die Lehre von der rechtlichen Natur der G.-V., welche meines Erachtens die Grundlage für alles Andere bildet, auf den Schluß des Abschnitts (über die G.-V. bei primärer Eidesdelation) verspart ist. Ich mache daher mit jener Lehre ihrer präjudiziellen Eigenschaft halber den Anfang.

A.
Von der Gewissensvertretung bei primärer Eidesdelation.
I.

Was zunächst die rechtliche Natur der G.-V. anbelangt, so verwirft Muther die 4 von den Schriftstellern hierüber aufgestellten Ansichten, nämlich:

1) daß sie ein Rekusationsgrund,
2) „ „ Beweis eines Rekusationsgrundes,
3) „ „ Surrogat für den deferirten Haupteid,
4) „ „ ein direkter Gegenbeweis sei. Vgl. S. 269 bis 285) [1])

Muther lehrt S. 285, G.-V. sei Inzidentbeweis zur Herstellung eines Surrogats für den auszuschwörenden Eid.

Man kann dieser Anschauung vollkommen beipflichten, ohne jedoch die Berechtigung der 4. Auffassung, welcher die Mehrzahl der Neuern folgt, bestreiten zu müssen. [2])

---

[1]) Mit besonderer Animosität spricht sich Muther gegen die 4. Grundanschauung aus. Schon bei Besprechung der Literatur (zu Ende des historischen Theils S. 157) bemerkt er, Wolfsohn bleibe das Verdienst, diese Grundanschauung zuerst ohne alle Umhüllung dargestellt und die Nachwelt durch gebotenen Blick auf nackte Scheußlichkeit (!) von irgend welcher Zuneigung zu ihr gründlich curirt zu haben. — Ich muß gestehen, daß ich ebensowenig zu den gründlich Curirten gehöre, als Dr. Emminghaus und O.-A.-G.-R. Preußer, deren Schriften freilich nach der Muther'schen Monographie erschienen sind, und die ich gleichfalls erst nach Beendigung dieser Abhandlung zu Gesicht bekam. S. hierüber die Note 2.

[2]) Ein Gewährsmann für diese Auffassung aus jüngster Zeit ist Dr. Emminghaus in seiner Abhandlung über den Gewissensvertretungsbeweis (§. 5. S. 323 und 324) im

Allerdings ist der G.=V.=Beweis, sofern er vollständig gelungen, Surrogat des Haupteides (Muther S. 283), aber er kann deßhalb doch unter den Gesichtspunkt des Gegenbeweises gebracht werden, wenn wir ihn in seinem Verhältniß zum Beweisthema, worüber der Eid deferirt wurde, betrachten. Denn:

1) Wenn die G.=V. kein Gegenbeweis ist, so muß sie ein Hauptbeweis sein.

Emminghaus in seinem Archiv Bd. 7. S. 324.

Nun bekämpft aber Muther selbst die Ansicht jener Rechtslehrer, welche die G.=V. für einen Hauptbeweis halten, die also von der Idee eines Rollentausches ausgehen (S 216—19), und hält folgerichtig einen Gegenbeweis wider die G. V. für unzulässig (S. 210); also ist die G.=V. in seinem Sinne doch ein Gegenbeweis.

2) Was ist Gegenbeweis? — Objectiv aufgefaßt ist Gegenbeweis der Inbegriff der Gründe, welche gegen die Wahrheit eines Satzes sprechen,

v. Bayer 8. Aufl. S. 765,

Dr. Fitting: Ueber den Begriff von Haupt= und Gegenbeweis S. 55, —

es ist jener Beweis, wodurch das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Hauptbeweises verhindert werden soll (v. Bayer S. 764), — im formalen oder prozessualischen Sinne der Beweis, welcher im Beweisinterlokut nicht aufgegeben, sondern bloß vorbehalten wurde, welchen also der Gegner des Beweispflichtigen in derselben Sache herstellt. (S. meine Abhandlung IX.)

Wir mögen nun den Gegenbeweis in dieser oder jener Weise definiren, immer erscheint die Gewissensvertretung als Gegenbeweis, denn der Delat verhindert durch dieselbe das Zustandekommen des Hauptbeweises, er erweist das Contrarium des gegnerischen Beweisthema's, das Gegentheil des gegnerischen Angriffs, er erweist etwas, was im Interlokut nicht zum Beweis ausgesetzt,

---

Archiv für praktische Rechtswissenschaft von Dr. Emminghaus, Dr. Hoffmann und Andern. Band 7. (Marb. u. Leipz. 1860), und O.=A.=G.=R. Preusser ebendaselbst Bd. 10 S. 101—116.

dessen Beweis vielmehr bloß vorbehalten wurde.[3]) Aber — wird man einwenden[5]) — ein Gegenbeweis setzt ja einen Hauptbeweis voraus, und ist ohne einen solchen gar nicht denkbar. Wo ist nun aber hier der Hauptbeweis? — Derselbe ist ja mißlungen, und gerade deßhalb mißlungen, weil die G.=V. gelungen ist! — Dagegen bemerke ich:

1) Gegenbeweis ist auch ohne Hauptbeweis denkbar, er kann ja anticipirt werden. Gegenbeweis ist selbst bei mißlungenem Hauptbeweis denkbar, nur hat er dann prozessualisch keine Bedeutung,[3]) hört aber deßhalb nicht auf, materiell betrachtet, ein Gegenbeweis zu sein.

---

[3]) Mit Recht sagt Emminghaus a. a. O. §. 5 am A.:
„Offenbar vereinigt der G.=V.=Beweis fast sämmtliche Eigenschaften eines eigentlichen direkten Gegenbeweises in sich. Beweisführer ist dort, wie hier, stets der Gegner des Hauptbeweis-Pflichtigen. Bezüglich des einen, wie des andern Beweises besteht für den Beweisführer nur eine prozessualische Befugniß, keine prozessualische Obliegenheit; der eine wie der andere der beiden Beweise wird vom Richter niemals auferlegt, sondern bloß nachgelassen. Beide Beweise haben an und für sich auch das Thema mit einander gemein, insoferne als der direkte Gegenbeweis auf das Nichtwahr des Hauptbeweis=Satzes, der G.=V.=Beweis auf das Nichtwahr der Thatsachen, worüber der Eid angetragen ward, gerichtet ist. Weder beim direkten Gegenbeweis, noch bei der G.=V. darf endlich der Beweisführer in der Regel der Eidesdelation sich bedienen. — In einem Punkt dagegen weicht der eigentliche direkte Gegenbeweis von der G.=V. allerdings ab, hingesehen nämlich auf den nächsten Zweck, welchen beide verfolgen. Während der erstere es stets unmittelbar mit der Widerlegung des ihm gegenüberstehenden Hauptbeweises zu thun hat, ist des Delaten Absicht bei der G.=V. zunächst und an und für sich immer bloß auf die Paralysirung der ihm angesonnenen Eidesleistung und nur folgeweise daraufgestellt, von dem gegnerischen Hauptanspruch vom Richter losgezählt zu werden. Sollte aber dieser Unterschied den G.=V.=Beweis zu einem Hauptbeweis qualifiziren? — Gewiß nicht!" — Ganz dasselbe sagt Wetzell 2. Auflage S. 563, ohne sich jedoch auf Dr. Emminghaus zu berufen, auch schließt Wetzell hieraus, daß die G.=V. kein Gegenbeweis sei. („Jedoch darf man dieselbe ja nicht mit dem Gegenbeweis verwechseln" bemerkt er S. 262!) Ihm folgt der neueste Schriftsteller Renaud in seinem Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses S. 358.

[4]) Diesen Einwurf hat bereits Emminghaus angedeutet (s. die vorige Note), aber nicht widerlegt.

[5]) Ausgenommen, der Eid ist eventuell zugeschoben, denn dann verwandelt sich der Gegenbeweis in eine materielle G.=V.

Muther sagt zwar (S. 278 nr. 5), wenn die G.-V. gelingt, so ist es gerade so, als ob ein anderes produzirtes Beweismittel seinen Dienst versagt hätte, z. B. eine produzirte Urkunde für unächt oder nicht beweisend erkannt wäre, der Deferent ist daher mit seinem Hauptbeweis durchgefallen. Allein wenn auch in der gelungenen G.-V. nur der mißlungene Hauptbeweis zu sehen ist, was denn doch noch in Frage steht,[6]) so bleibt dessenungeachtet die G.-V. ihrer Natur und Grundlage nach doch immer ein Gegenbeweis. Der Beweis des Gewissensvertreters ist einmal in actis und kann folglich nicht daraus entfernt werden. Es ist daher immerhin ein Unterschied, ob Beweisführer mit seinem Zeugen- und Urkundenbeweis durchgefallen, oder — wegen gelungener G.-V. — mit dem Beweismittel der Eidesdelation. Dort hat er nichts bewiesen (wenn nicht etwa seine Zeugen zu Gunsten des Produkten aussagen), hier ist gegen ihn bewiesen, und ergo ist dieser Beweis ein Gegenbeweis. Das Verhältniß ist also nicht dasselbe, als wenn ein anderes produzirtes Beweismittel seinen Dienst versagt hätte, wie Muther meint, sondern es ist vielmehr so, als wenn die Zeugen des Produzenten zu Gunsten des Produkten aussagen. Das Beweismittel des Probanten versagt nicht bloß seinen Dienst, sondern es beweist das Gegentheil des Beweisthemas; indem es dem Produzenten seinen Dienst versagt, beweist es für den Produkten. Wenn nun der Beweis, welchen der Probant gegen sich liefert, ein Gegenbeweis ist, obwohl er: a) gar nicht vom Reprobanten aus-

---

[6]) v. Zurhein hat zuerst diese Ansicht aufgestellt.

Jahrb. des gem. deutschen Proz. I. Bd. 1. Heft. S. 194 flgd.

Mit Recht hat aber dagegen v. Linde in seiner Zeitschrift Band 3, S. 1 flgd. bemerkt, daß sich bei der G.-V. nicht der Deferent, sondern der Delat formell und materiell als Beweisführer gerire.

„Es widerspricht außerdem — fährt v. Linde fort — den ersten Grundsätzen über Beweisführung und über die Stellung der Prozeßinteressenten, daß der eine Theil eine Handlung in der Art für den andern vornehmen könne, daß dadurch surrogirt würde. Endlich hat ja der G.-V.-Beweis nothwendig das entgegengesetzte Thema von dem des Deferenten, es geht also gar nicht, wenn man sagt, durch die G.-V. führe nicht der Delat, sondern der Deferent Beweis.

gegangen, und b) ohne alle Wirkung ist, so muß ja die G.=B. noch vielmehr ein Gegenbeweis sein, da sie vom Produkten ausgeht, und die Ursache ist, weßhalb er den Prozeß gewinnt! — Ich gebe zu, was Muther a. a. O. weiter sagt: „Während des ganzen Verfahrens ist und bleibt Deferent: Produzent, Delat: Produkt; in seiner Eigenschaft als solcher schwört Letzterer den deferirten Eid, als solcher referirt er ihn, und es wird daher anzunehmen sein, daß er nur als solcher sein Gewissen mit Beweis vertritt. Gelingt ihm nun Letzteres, so erfolgt die absolutio rei nicht, weil nun das Gegentheil von des Klägers Behauptung zur juristischen Wahrheit erhoben ist, sondern weil der Beweissatz des Klägers unterwiesen blieb, „actore non probante reus absolvitur." — Auch diesen Satz will ich zugeben. Liegt aber hierin etwa ein Argument wider die Auffassung der G.=B., als Gegenbeweis? — Gewiß nicht! Denn auch beim gewöhnlichen Gegenbeweis bleibt der Probant Produzent, der Reprobant Produkt; auch hier wird zu Gunsten des Reprobanten erkannt, nicht, weil das Gegentheil von der klägerischen Behauptung erwiesen ist, sondern weil dem Kläger der Beweis mißlang, oder durch den direkten Gegenbeweis paralysirt wurde, immer also nach der Regel: „actore non probante reus absolvitur." — Es steht somit fest, daß die G.=B in materieller Hinsicht wenigstens, als ein Gegenbeweis erscheint. Sie ist es aber auch in formeller Beziehung, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

2) Nehmen wir einmal an, Gegenbeweis sei ohne einen Hauptbeweis, der wenigstens theilweise gelungen ist, nicht denkbar, so dürfte sich das Vorhandensein eines Hauptbeweises, wenn sich Delat für die G.=B. erklärt, ohne Zwang annehmen, und hierdurch die Auffassung der G.=B. als Gegenbeweis in prozessualem Sinne rechtfertigen lassen. Deferent hat den Hauptbeweis durch die Delation bloß angetreten,[7]) aber noch

[7]) Wie Preußer richtig bemerkt, braucht aber bloß die Antretung des Hauptbeweises vorausgesetzt zu werden, damit der direkte Gegenbeweis von Bedeutung sei für die Entscheidung des Streits. Nun erscheint aber der Hauptbeweis nicht bloß als angetreten, sondern sogar als vollendet, wenn es zur G.=B. kömmt. S. oben.

nicht durchgeführt. Siegreich durchgeführt hätte er ihn nur dann, wenn Delat den Eid rekusirt haben würde. Allein in der G.-V. ist auch eine Rekusation enthalten, wenigstens eine bedingte. Wählt Delat die G.-V., so hat er hierdurch den Eid, mindestens vorläufig, vielleicht auch für immer abgelehnt. Deferent kann ja bei der Wahl der G.-V. erklären, daß er in keinem Fall schwören werde, oder es kann in den Landgesetzen der Rückgriff zum Schiedseid verboten sein.[8]) Eidesdelation mit darauf folgender Rekusation ist aber Beweis (s. Wolffsohn im Archiv Bd. 25 S. 263 flgd.). Der Delat muß den deferirten Eid abschwören, sonst wird angenommen, Deferent habe den Satz erwiesen, worüber er seinem Gegner den Eid zugeschoben. Dieser Beweis, oder — wenn man den Ausdruck vorzieht — die Präsumtion für die Wahrheit des Beweisthemas[9]) wirkt aber nur so lange, als die Ablehnung des Eides dauert. Stellt sich heraus, daß die G.-V. kein Resultat liefert, so zieht Delat die bloß provisorische Rekusation wieder zurück, und nimmt den Rückgriff zum Eid (wenn er das überhaupt thun darf. S Note 8). Hierdurch verschwindet aber auch der für den Deferenten mittels der Rekusation des Delaten hergestellte Beweis. Gelingt aber der Beweis pro exoneranda conscientia, so wird die bloß provi-

---

[8]) Wenn wir uns — wie Dr. Nissen in seiner jüngst erschienenen Monographie über die G.-V. vorschlägt — von der sächsischen Auffassung derselben lossagen und auf den gemeinrechtlichen Boden zurückkehren, so ist der Regreß zum Eid nach mißlungener G.-V. unstatthaft, die G.-V. enthält daher eine wirkliche Rekusation und ist eben deßhalb auch ein wahrer Gegenbeweis. S. oben.

[9]) Muther spricht S. 278, wo er im Sinne Wolffsohn's argumentirt, von einer Präsumtion, die vom Beweis frei macht. Meines Erachtens ist es aber ein Beweis; denn „beweisen" heißt, den Richter aus andern als in den Akten schon enthaltenen Gründen zu überzeugen suchen. Der Beweis setzt also immer eine besondere Parteithätigkeit voraus. Diese besteht hier in der Delation des Eides von Seite des Produzenten, und der hierauf erfolgten Erklärung von Seite des Produkten. Das ist also gewiß ein Beweis, und nicht eine Präsumtion, die vom Beweis befreit. — Durch die Wahl der G.-V. wird präsumirt oder richtiger fingirt, Deferent habe das Beweisthema erwiesen.

sorische Rekusation zur wirklichen und definitiven, und also der bloß provisorisch angenommene Beweis zum bleibenden und entscheidenden. Der Delat muß aber dann absolvirt werden, denn er hat das Contrarium des Beweisthemas erwiesen. Hat demnach Deferent, wenn sich Delat für die G.=V. entscheidet, Hauptbeweis geliefert — und zwar insolange, bis sich herausstellt, daß die G.=V. mißlungen ist und Delat zum Schiedseid zurückkehrt, — so ist der G.=V.=Beweis nothwendig ein Gegenbeweis, denn er wird ja gegen jenen Hauptbeweis des Deferenten gerichtet.

Hiermit erscheint zugleich:

3) Das Hauptargument Muther's gegen die hier vertheidigte Auffassung als widerlegt, oder wenigstens abgeschwächt. Muther sagt nämlich S. 277 nr. 1: „Wäre die G.=V. ein Gegenbeweis, so müßte der Regreß zum Schiedseid verboten sein,[10]) denn nach allgemeinen Grundsätzen ist da, wo der Gegenbeweis wider eine Präsumtion mißlingt, der Reprobant sachfällig.“ Letzteres ist richtig, aber daraus, daß jener Regreß nach der communis opinio erlaubt ist, folgt meines Erachtens noch lange nicht, daß die G.=V., wenn sie gelungen, wenn sie also eine G.=V. und ein Beweis ist, kein Gegenbeweis sein könne. Ich sage ja nicht, daß die Gewissensvertretung ein gewöhnlicher Gegenbeweis sei, ich behaupte bloß, sie habe die Natur eines Gegenbeweises. (Vgl. auch Emminghaus a. a. O. S. 328 und Wetzell S. 263.) Wenn der gewöhnliche Gegenbeweis mißlingt, der gegen einen gelungenen Hauptbeweis, oder gegen eine Präsumtion versucht wurde, so ist freilich der Reprobant sachfällig. Wenn aber der Delat die G.=V. wählt, so entsteht durch diese Wahl jene Präsumtion (richtiger: jener Beweis), wogegen die G.=V. gerichtet ist, verschwindet aber in dem Moment wieder, sowie die probatio pro exon. consc. sich als mißlungen herausstellt, und Delat den Rückgriff zum Haupteid nimmt. Denn nun wird die in der G.=V. liegende Eides=Rekusation wieder rückgängig. Das Miß-

[10]) Nach Nissen ist dieser Regreß wirklich verboten (s. oben Note 8); dann ist aber — wie Muther selbst zugibt — die G.=V. ein Gegenbeweis!

lingen der G.-V. kann daher nicht den Sieg des Deferenten, sondern nur die Verpflichtung des Delaten, den Eid abzuleisten, zur Folge haben. —

4) Muther bemerkt weiter (S. 277 nr. 3):

„Die Auffassung, daß Deferent Beweisführer mittelst Präsumtion sei, taugt nichts, sie ist unnatürlich und unjuristisch. Präsumtionen sind durch das Gesetz stets mit bestimmten thatsächlichen Zuständen unwandelbar verbunden. Hier aber würde es im Belieben eines Jeden stehen, für Thatsachen von irgendwelcher Qualität lediglich durch eine prozessuale Handlung Präsumtionen zu schaffen, oder es wäre, wollte man annehmen, daß erst mit der Eidesverweigerung die Präsumtion entstehe, die Existenz der Präsumtion von dem Nichterfolgen des Gegenbeweises abhängig, während doch das Wesen der Präsumtion darin besteht, daß eine Thatsache ohne Rücksicht auf irgendwelchen Beweis für wahr angenommen wird." Gegen die Richtigkeit dieser Argumentation — wenn ich sie recht verstehe — ist folgendes zu bemerken: Jede Präsumtion gilt nur so lange, „donec probetur contrarium." Der Umstand also, daß auch unsere Präsumtion vom Nichterfolgen des Gegenbeweises abhängt, ist nichts Besonderes, thut dem Wesen der Präsumtion keinen Eintrag. Uebrigens ist nur der Erfolg der Präsumtion vom Mißlingen des angetretenen Gegenbeweises abhängig, nicht die Existenz derselben. In dem Moment, wo Delat die G.-V. wählt, entsteht die fragliche Präsumtion. Muther hat daher Unrecht, wenn er die Existenz der Präsumtion durch das Nichterfolgen des Gegenbeweises bedingt, und wieder Unrecht, wenn er beifügt: „während doch das Wesen der Präsumtion darin besteht, daß eine Thatsache ohne Rücksicht auf irgend einen Beweis als wahr angenommen wird." Denn bisweilen müssen die historischen Prämissen der Präsumtion nachgewiesen werden, um die Thatsache als wahr annehmen zu können. Und wenn es auch dieses Beweises nicht bedarf, weil die Prämissen zugestanden oder sonst notorisch sind, so wird die betreffende Thatsache doch nur so lange als wahr angenommen, bis der Gegner das Gegentheil nachweist.

Die Auffassung, daß Deferent Beweisführer mittelst Prä-

sumtion sei, hat daher Muther durchaus nicht widerlegt. Die Präsumtion des Deferenten entsteht im Moment der Wahl der G.-V. und also der Eidesverweigerung. Der Satz des Deferenten wird dann sofort als wahr angenommen, er ist bewiesen. Die Präsumtion wird aber dadurch entkräftet, daß dem Delaten der G.-V.-Beweis gelingt, sie behält also ihre Wirksamkeit nur dann bei, wenn sich herausstellt, daß die G.-V. theilweise gelungen, oder gänzlich mißlungen ist; doch verliert sie dieselbe wieder, resp. sie wird als gar nicht vorhanden betrachtet, sowie Delat auf den Schiedseid rekurrirt. —

5) Muther sucht endlich (S. 278 nr. 4) das Absurde der ganzen Auffassung im Fall der Relation des Eides zu zeigen. Er sagt:

„In ihrem ganzen Glanz zeigt sich die fragliche Theorie dann, wenn wir einen Blick auf die Stellung der Eidesrelation werfen. Denn auch diese soll (nach Wolffsohn) Gegenbeweis wider die für Deferenten sprechende Vermuthung sein, welche diesen vom Beweis frei macht." — Allein die Relation hat dann gewiß nichts Anstößiges, wenn durch die darin enthaltene Rekusation bloß eine Präsumtion für den Deferenten entsteht, die ihn „vom Beweis frei macht;" — denn der Entkräftungsbeweis wider eine Rechtsvermuthung kann ja durch den Eid geführt werden, wenn man annimmt, daß die Rechtsvermuthung vom Beweis frei macht.

v. Bayer S. 772.

Worin sieht nun aber Muther das Anstößige der Relation, wenn man diese als Gegenbeweis wider die für den Deferenten sprechende Vermuthung auffaßt? —

Muther sagt:

„Für den Deferenten spricht eine Präsumtion, deßhalb ist er vom Beweis befreit. Delat führt Gegenbeweis, dieß geschieht dadurch, daß er durch Relation für sich eine Präsumtion erregt. Abgesehen nun von dem Unsinn, daß rücksichtlich der betreffenden Thatsachen auf der einen Seite eine Vermuthung zu Gunsten derselben stehen soll, während auf der andern eine Vermuthung wider sie streitet, könnte Vermuthung wider Ver-

muthung sich höchstens aufheben, und es müßte Produzent seinen Beweis auf gewöhnlichem Wege herbeischaffen."

Aber alle diese Sätze sind meines Erachtens unrichtig. Der erste, wie bereits oben in Nr. 3 nachgewiesen wurde, vor Allem aber der zweite und seine Folgesätze. Allerdings führt Delat durch die Relation Gegenbeweis, d. h. er tritt ihn an durch die Zurückschiebung und führt ihn durch mittelst der Eidesverweigerung des Relaten. Allein das ist unrichtig, daß Delate durch die Relation eine Vermuthung für sich erregt, ebenso unrichtig, ja noch unrichtiger, als die Behauptung, daß Deferent durch die bloße Delation eine solche Vermuthung erzeugt, denn erst durch die in der G.=V. oder Relation des Gegners enthaltende ablehnende Erklärung entsteht für den Deferenten jene Präsumtion. Durch die Relation erregt daher der Relat nicht eine Vermuthung für sich, sondern gerade umgekehrt gegen sich, weil er selbst den Eid nicht abschwören will. Es streitet also dann nicht Vermuthung gegen Vermuthung, sondern im Moment der Relation entspringt eine Vermuthung für den Deferenten, die Relation selbst ist aber Versuch eines Gegenbeweises wider jene Vermuthung, welche daher durch Verweigerung des jur. relati reprobirt und also vernichtet, durch Ableistung desselben aber in völlige Gewißheit verwandelt, und unumstößlich wird.

Was Muther weiter bemerkt, sind die Consequenzen des eben aufgedeckten Irrthums.

Muther sagt nämlich zuletzt:

„Daß aber Produzent einen Gegenweis (denn als solcher würde das Ausschwören des referirten Eides erscheinen) lediglich durch ein bestimmtes Beweismittel (Eid) sollte erbringen können, würde 1) der bekannten Regel „reprobatio reprobationis non datur;" 2) der Billigkeit widerstreiten, wonach man auch hier andere Beweismittel als Eid (also G.=V. beim jur. relatum) zulassen müßte."

Muther meint nämlich (so verstehe ich wenigstens sein etwas dunkles Raisonnement), die Delation erzeuge (nach der Wolffsohn'schen Auffassung) eine Vermuthung für den Deferenten, die Relation für den Referenten, das abgeleistete jur.

relatum sei somit eine reprobatio reprobationis. Allein (ad 1) nach der Anschauung Wolfsohn's, und nach meiner Ausführung oben kann hier von einer Vermuthung für den Referenten und also von einer Collision der Vermuthungen schlechterdings keine Rede sein, und folglich auch nicht von einer reprobatio reprobationis, sondern einfach von Gegenbeweis wider die für den Deferenten sprechende Rechtsvermuthung. (Ad 2.) Wird nun dieser Gegenbeweis durch den Eid geführt (d. h. durch die Relation), so sollte man freilich dem Relaten (Deferenten) die G.-V. gestatten, denn er hatte ja (sagt Muther) noch keinen Beweis angetreten, er ist wegen der Präsumtion vom Beweise frei. Aber auch das ist unrichtig, auch das behauptet bloß Muther, nicht aber Wolfsohn. Deferent hat wirklich Beweis angetreten, ja sein Beweis ist ihm sogar gelungen, — Eidesdelation mit darauf folgender Eidesverweigerung ist (wie auch Wolfsohn sagt) Beweis; es kann daher dem Deferenten nicht gestattet werden, Beweismittel nachzuschleppen, die bereits präkludirt erscheinen, am allerwenigsten reprobando modo.

Muther hat daher die Theorie Wolfsohn's in doppelter Hinsicht gefälscht: der Deferent hat im Fall der Relation nicht bloß eine Präsumtion für sich, die ihn vom Beweis frei macht, sondern er hat Beweis geliefert; für den Delaten und Referenten spricht aber gar keine Präsumtion, dieser führt durch die Relation den Gegenbeweis.

Aber freilich liegt gerade hierin die anfechtbare Seite der Wolfsohn'schen Theorie. Muther hätte daher in folgender Weise argumentiren sollen, um die fragliche Theorie zu widerlegen:

„Angenommen, die in der Relation (wie in der G.-V.) enthaltene Rekusation liefere Beweis für den Deferenten, so kann doch der Gegenbeweis nicht durch den Eid geführt werden, weil man dem Deferenten nicht zumuthen darf, dasjenige noch zu beschwören, was er bereits erwiesen hat. Die Relation des Eides kann daher kein Gegenbeweis sein. Sie kann es um so weniger sein, als der Beweis des Deferenten in der ficta confessio des Delaten besteht, gegen welche überhaupt kein Gegenbeweis zulässig ist. Ist nun die Relation kein Gegenbeweis, so hat auch Deferent durch die mit derselben verbun-

dene Rekusation noch keinen Beweis geliefert. Beweis liefert er vielmehr erst durch Abschwörung des referirten Eides. Die Verweigerung des jur. relati ist daher Mißlingen des Beweises, nicht Gelingen des Gegenbeweises, und die Abschwörung des referirten Eides ist Gelingen des Beweises, nicht Mißlingen des Gegenbeweises. Ist aber die Relation kein Versuch eines Gegenbeweises, so ist es auch nicht die G.=V."

Allein wenn ich auch das eben Gesagte bezüglich der Relation zugeben wollte, so folgt daraus doch nicht das Gleiche bezüglich der G.=V. Denn zwischen beiden besteht immerhin ein Unterschied; im Fall der Relation geht Delat auf das Eidesoffert ein, wenn er gleich selbst den Eid nicht ableisten will, im Fall der G.=V. weist er aber das Eidesoffert, wenigstens vorläufig, zurück.

Uebrigens halte ich Wolffsohn's Auffassung, daß auch die Relation Versuch eines Gegenbeweises sei, doch für richtig, und bin der Ansicht, daß sie durch obiges Raisonnement nicht widerlegt werde. Denn der Satz „der direkte Gegenbeweis kann nicht durch den Eid geführt werden," erleidet ja Ausnahmen, und eine solche Ausnahme liegt eben gesetzlich dann vor, wenn der Beweis durch Eidesdelation unternommen wird. Es ist gesetzlich erlaubt, den deferirten Eid zu referiren, d. h. den durch die Rekusation gelieferten Beweis durch Eideszuschiebung, d. h. Relation, zu reprobiren. —

Ich glaube hiemit die Lehre der neuern Schriftsteller (Gesterding, Gensler, Morstadt, Wolffsohn, Barth, Wetzell, v. Bayer) wider Muther's leidenschaftliche Anfechtung (Cap. 5. S. 269 flgd.) einigermaßen vertreten zu haben, und gehe daher auf die möglichen Resultate über, welche die Durchführung des G.=V.=Beweises haben kann (Muther S. 208 flgd.).

II.

Der erste Fall — vollständiges Gelingen der G.=V. — wurde bereits besprochen. Hiebei erörtert Muther die Frage über die Zulässigkeit des Gegenbeweises, S. 211—230, und sucht besonders auf historischem Weg nachzuweisen, daß die

herrschende Ansicht richtig, daß ein Gegenbeweis wider die G.=V. unstatthaft sei (S. 211—216, 220—222). Man kann dieser gründlichen und erschöpfenden Ausführung seinen Beifall nicht versagen.

Neuerdings hat Emminghaus in seiner allegirten Abhandlung im

Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 7. S. 303—332

die in Frage stehende Controverse zum Gegenstand ausführlicher und ausschließlicher Besprechung gemacht.

Ebenso

Preusser a. a. O. S. 116—134.

Emminghaus erklärt sich, wie Muther, gegen die Zulassung eines Gegenbeweises, aber nicht aus historischen Gründen,

vgl. §. 7 S. 303—308,

sondern bloß aus rationellen Motiven,

vgl. §. 5—7 S. 327—331.

Zugleich widerlegt er mit großem Geschick und in sehr eingehender Weise die Gründe der Gegner, welche eine Reprobation zulassen, weil sie die G.=V. für einen Hauptbeweis halten, nämlich Schmid's, in §. 2 S. 308 flgd., Gönner's, in §. 3 S. 314 flgd., und v. Linde's, in §. 4 S. 319—323.

Preusser a. a. O. S. 129 flgd.

A. Aus welchen Gründen ist nun wider die G.=V. kein Gegenbeweis zulässig? —

1) Muther sagt S. 210: weil gegen den ausgeschworenen Eid kein Gegenbeweis möglich ist, der gelungene Beweis pro exoneranda consc. aber Surrogat des Eides ist.

Mit Recht bemerkt aber Emminghaus S. 328 dagegen, daß die Anhänger dieser Ansicht nicht beachteten, daß nur der schon erbrachte G.=V.=Beweis, nicht der zur Zeit bloß angetretene, den Eidschwur ersetze.

2) Anders motivirt v. Bayer den fraglichen Satz, nämlich geradeso, wie er (S. 771) die Unzulässigkeit einer reprobatio reprobat. begründet. Er sagt S. 901 nr. 5:

„Nach der Eventualmaxime ist der Produzent schuldig, alle Beweismittel rücksichtlich des Beweissatzes innerhalb der peremtorischen Beweisfrist bei Vermeidung des Ausschusses vorzuschlagen. Würde aber noch ein Gegenbeweis gegen die G.-B. zugelassen, so könnte der Produzent doch noch auf diesem Wege bereits präkludirte Beweismittel nachholen."

Dagegen kann man freilich einwenden: Er bringt sie ja nicht als Beweis-, sondern als Gegenbeweismittel vor. Von einer Nachholung kann folglich keine Rede sein.

Meines Erachtens wäre daher v. Bayer's Argumentation als Schlußstein beizufügen:

„Wenn es nun nicht erlaubt ist, präkludirte Beweismittel nachzuholen, so kann es auch nicht gestattet sein, diese Beweismittel als reprob. reprob., als Gegenbeweis wider die G.-B. zu gebrauchen."

S. v. Bayer S. 771.

Angenommen nun, dieser Schluß sei richtig, worüber sich noch streiten läßt,[11]) angenommen:

a) Aus der Präklusion der nicht vorgebrachten Beweismittel folge wirklich die Unzulässigkeit der reprobatio reprobat., so folgt doch gewiß nicht:

b) Aus der Zulassung von Beweisnachträgen die Zulässigkeit der reprobatio reprobat. Wenn keine peremtor. Beweisfrist anberaumt wurde, wenn es also erlaubt ist, Beweismittel nachzuholen, so ist es deßhalb nicht auch erlaubt, dieselben als reprobatio reprobat. zu gebrauchen (wie v. Bayer S. 772 anzunehmen scheint), denn:

3) Es geht gewiß nicht an, bezüglich des nämlichen Themas zugleich als Probant und Reprobant aufzutreten, vielmehr folgt aus dem natürlichen Verhältniß des Angegriffenen zum Angreifenden, daß dem Ersteren allezeit das letzte Wort gebühre;[12]) es gilt dieser Satz gerade so gut im Beweisverfahren,

---

[11]) Denn nur mit der Probation, nicht mit der Reprobation, ist Produzent ausgeschlossen; es wird ihm ja der Beweis des Reprobanten zur Erklärung und Erwiederung zugeschlossen. —

[12]) Dem Angegriffenen, d. h. dem Beklagten nach der augenblicklichen

wie im Schriftenwechsel. Und hierin scheint mir allein der wahre Grund der Unzulässigkeit der reprobatio reprobat. zu liegen. Das sagt auch Emminghaus S. 326, Abs. 2. Vgl. die IX. Abhandl. §. 2. [13])

Aktenlage, gebührt das letzte Wort. Das ist und bleibt aber der Delat, wenn er sich auch für die G.=V. erklärt.

[13]) Schon ältere Prozeßschriftsteller haben geltend gemacht, daß die Rechtsgleichheit zwischen dem Deferenten und Gewissensvertreter gestört würde, wenn dem erstern unter dem Namen eines Gegenbeweises ein nochmaliges Gehör verstattet werden sollte. Vgl. Emminghaus S. 326 a. E. —

Ein anderes Argument, welches Emminghaus an die Spitze stellt (S. 325 a. E. u. 326), scheint mir aber nur zur Hälfte richtig zu sein. Emminghaus sagt: „Es ist eine anerkannte und feststehende Regel bei der G.=V., daß die Beweisfälligkeit des Delaten noch keineswegs dessen Sachfälligkeit unbedingt und nothwendig nach sich zieht. Mißlingt ihm die G.=V., so steht ihm jederzeit frei, den angetragenen Eid nunmehr zu leisten. — — Statuirte man nun dem Deferenten den Gegenbeweis, so würde letzterer entweder a) jederzeit als ein völlig überflüssiger sich darstellen oder b) es würde unvermeidlich eine der seltsamsten Collisionen eintreten."

ad b. Letzteres ist richtig. Würde die G.=V. mißlingen, der Gegenbeweis des Deferenten aber gelingen, so könnte der Delat nicht zum Eid gelassen werden, weil einem schon geführten Beweise gegenüber ein Eidschwur nicht zugelassen werden soll.

ad a. Ersteres ist mir aber unbegreiflich. Wie kann der Gegenbeweis wider eine gelungene G.=V. überflüssig sein, da er die G.=V. zerstört und folglich den Delaten, der außerdem obgesiegt hätte, zum Eid nöthigt?! Nur insoferne erscheint der Gegenbeweis als überflüssig, als trotz seines Gelingens nicht definitive zu Gunsten des Reprobanten, sondern auf den Eid erkannt, und wenn dieser abgeleistet, zu Gunsten des Delaten gesprochen werden muß. In anderer Beziehung ist aber der Gegenbeweis durchaus nicht überflüssig, und hat also Emminghaus Unrecht, wenn er die Unzulässigkeit des Gegenbeweises aus seiner Nutzlosigkeit folgern will.

Denselben Verstoß begeht übrigens Emminghaus S. 329—31, wo er gegen Bayer und Wolffsohn den Satz verficht: „Auch gegen die künstliche G.=V. gibt es keinen Gegenbeweis." Auch hier sagt er:

„Ein solcher Gegenbeweis würde stets als ein vergeblicher sich darstellen."

Wenn also dem Deferenten die Reprobation wider den Alibi=Beweis des Gewissensvertreters gelingt, so sollte dieser Gegenbeweis ein vergeblicher und deßhalb unzulässig sein? — Ueber die Zulässigkeit des Gegenbeweises wider die künstliche G.=V. kann man streiten (s. die Abh. IX S. 206). Aber deßwe=

v. Bayer und Fitting scheinen das aber nicht anzuerkennen, denn beide lehren (Fitting S. 67, v. Bayer S. 772 u. 902), eine reprobatio reprobat., ein Gegenbeweis wider die G.-V., sei ausnahmsweise zulässig, wenn keine peremtor. Beweisfrist festgesetzt war. Und ebenso

Osterloh Lehrbuch I. S. 338.

Ich behaupte aber — in consequenter Durchführung meiner Motivirung — daß in diesem Fall der Produzent seinen Beweis bloß ergänzen, seine anderweitigen Beweismittel höchstens nachtragen, nicht aber als reprobatio reprobat., als Gegenbeweis wider die G.-V. gebrauchen könne. Denn hat der Richter versäumt, eine peremtor. Beweisfrist vorzustecken, so kann diese Unterlassung dem Beweispflichtigen höchstens den Vortheil bringen, daß er Beweismittel zur Ergänzung seines Beweises nachschleppen, nicht aber, daß er eine reprobatio reprobat., einen Gegenbeweis wider die G.-V. antreten darf. Durch das Versäumniß des Richters kann der Delat in keine schlimmere und der Deferent in keine bessere Lage kommen, als ohne dasselbe.[14]) — Aus dieser Ausführung ergibt sich nun gegen v. Bayer's Theorie ein doppeltes Resultat:

---

gen ist der Gegenbeweis gewiß nicht unzulässig, weil er stets als ein vergeblicher sich darstellt." Sagt doch Emminghaus selbst nach Anführung eines praktischen Falls, an dem er seine Behauptung erproben will (aber nicht erprobt), daß es, wenn beide Beweise — G.-V. und Reprobation — vollständig erbracht sind, auf den Eid des Delaten ankomme. Zu diesem Eid würde es aber nicht kommen, wenn der Gegenbeweis wider die G.-V. mißlungen wäre, oder gar nicht zugelassen werden dürfte. Ergo kann jener Gegenbeweis kein vergeblicher genannt werden! —

[14]) Das Resultat ist nun freilich dasselbe, wenn man nach mißlungener G.-V. den Rekurs zum Schiedseid gestattet, — ob man v. Bayer's Ansicht oder der meinigen folgt. Denn immer kömmt der Delat zum Schiedseid, seine G.-V. mag durch den Gegenbeweis vernichtet, oder zur Vernichtung des eingeschobenen Beweises verbraucht worden sein. Wenn man aber den Rekurs zum Schiedseid ausschließt, dann zeigt sich die Verschiedenheit unsrer beiden Auffassungen auch im praktischen Resultat. Denn die Consequenz der Bayer'schen Ansicht führt zur Sachfälligkeit des Delaten, nach meiner Aufstellung aber würde sich die primäre Eidesdelation in eine eventuelle, die G.-V. in gewöhnlichen Gegenbeweis verwandeln, und müßte sonach der Delat neuerdings zur Erklärung über den Eid aufgefordert werden, wenn Deferent

α) daß der Satz, „reprobatio reprobat. non datur", und also auch der Satz: „Gegen die G.=V. gibt es keinen Gegenbeweis," in and'rer stärk'rer Weise sich motiviren läßt, als v. Bayer gethan (es gebührt ja dem Angegriffenen allezeit das letzte Wort), und daß daher:

β) jener Satz keine Ausnahme erleiden könne, wenn keine peremtorische Beweisfrist anberaumt worden, indem es dann dem Probanten bloß erlaubt ist, seinen Beweis zu ergänzen, nicht aber einen Gegenbeweis anzutreten.

4) Wenn aber der Beweis — wie hier vorausgesetzt wird — durch Eidesdelation angetreten und der Delat die G.=V. (oder auch die Acceptation oder Relation) gewählt hatte, so ist selbst die Nachholung (Einschiebung) anderweitiger Beweismittel, und also die Benützung derselben überhaupt, unzulässig, wenn gleich keine peremtorische Beweisfrist anberaumt wurde. Denn durch diese Einschiebung würde sich die primäre Eidesdelation in eine eventuelle, die G.=V. des Delaten in gewöhnlichen Gegenbeweis verwandeln, und müßte sonach der Delat neuerdings zur Erklärung auf den Eid aufgefordert werden, ob er ihn annehmen oder referiren wolle; diese neuerliche Aufforderung braucht er sich aber nicht gefallen zu lassen, denn durch seine bereits erklärte Wahl der G.=V. ist der Eid ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden, der Delat hat also ein Recht auf seinen Gebrauch, somit ein Recht darauf, daß der Prozeß durch seinen Beweis und nicht durch seinen oder seines Gegners Eid entschieden werde. Es kann folglich der Deferent die fragliche dem Delaten nachtheilige Aenderung der Eidesdelation nicht vornehmen, er kann keine anderweitigen Beweismittel einschieben, wenn gleich die Beweisfrist noch im Laufe ist, oder keine peremtorische Frist anberaumt war.

Vgl. meine Abhandlung über die eventuelle Eidesdelation in Linde's Zeitschrift. Neue Folge. Band 7.

---

andere Beweismittel nachschleppen dürfte. Daß er das aber nicht darf, auch dann nicht darf, wenn keine peremtorische Beweisfrist vorgesteckt war, hierüber vergl. den Text oben.

S. 295—299. Und die Abhandl. XII. §. 3. (And. Mein. v. Bayer S. 903 u. 905.[15])

Dieser meiner Ansicht ist denn auch Muther beigetreten — S. 223 u. 224, — ohne sich jedoch auf meine Abhandlung zu berufen, wo ich jenen Satz zuerst gegen Dr. Debes abweichende Meinung aufgestellt und vertreten habe. —

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich nun gegen v. Bayer's Theorie wieder ein doppeltes Resultat, nämlich:

α) daß auch der Satz über die Unzulässigkeit des Gegenbeweises wider die G.-V. (wie jener über die Unzulässigkeit der reprobatio reprobat.) in and'rer, stärk'rer Weise sich motiviren lasse, als Wolffsohn und v. Bayer (in nr. 2.) versucht haben, aber nicht durch das Argument, welches Dr. Höchster und Heimbach (S. 247) aufgestellt und das v. Bayer mit Recht zurückweist (Produzent habe durch die Delation des Eides auf alle ordentlichen Beweismittel verzichtet, könne folglich nicht mehr darauf zurückkommen), sondern mit Hilfe des vorhin entwickelten Raisonnements, also in folgender Weise: Wenn Delat die G.-V. gewählt hat, so ist der Eid ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden; es ist daher dem Deferenten nicht gestattet, andere Beweismittel einzuschieben (A. M. v. Bayer), und also — (um im Sinne v. Bayer's [S. 332 Abs. 4] zu schließen) — ebensowenig gestattet, dieselben zur Vernichtung der G.-V. zu verwenden, — woraus weiter folgt:

β) daß unser Satz dann keine Ausnahme erleiden könne, wenn der Richter versäumt hatte, eine peremtor. Beweisfrist festzusetzen. Vgl. auch Muther S. 223 u. 224. —

---

[15]) v. Bayer behauptet S. 903, daß es dem Deferenten nach c. 11. Cod. (4, 1.) gestattet sei, den Eid auch nach der Acceptation zu revociren und intra terminum andere Beweismittel zu substituiren, und folglich auch gestattet sein müsse, nach gewählter Relation davon abzugehen (S. 895), und also auch nach gewählter G.-V. (Gegen Bayer's ersten Satz vergl. Muther S. 170, Note 1, der in scharfsinniger Weise die Unanwendbarkeit der c. 11. C. (4, 1.) auf unsern Prozeß nachweist.) Wenn aber v. Bayer die Revocation des Eides für zulässig hält, so wird er die Verwandlung der primären Eidesdelation in eine eventuelle noch mehr für zulässig halten müssen! —

Nimmt man Anstoß an der ersten Schlußfolgerung sub. *α.* a. E. (s. oben Note 10), und also an dem Argument nr. **4.**, so bleibt immer noch das stärkere Argument nr. 3. übrig. —

Demnach wäre der Satz: „Gegen die G.-V. gibt es keinen Gegenbeweis" in fünffacher Weise motivirbar:

1) Weil sie Surrogat des Eides ist (Muther). Abgesehen davon:

2) Weil nach verstrichener Beweisfrist keine Beweismittel nachgebracht werden dürfen (v. Bayer, Wolfart, Wolfsohn). Abgesehen davon:

3) Weil dem Delaten als Angegriffenen das letzte Wort gehört (Emminghaus S. 326). Abgesehen davon:

4) Weil nach der Erklärung des Delaten keine Veränderung mit der Eidesdelation gemacht werden darf (meine Abhandl. a. a. O. u. Muther S. 223). Endlich:

5) Weil eine Collision des Eides mit andern Beweismitteln entstehen würde, wenn die G.-V. mißlingen, der Gegenbeweis aber gelingen würde.*)

Der Gewissensvertreter hat nämlich ein Recht auf den Eid, wenn ihm die G.-V. mißlingt. Bei gelungenem Gegenbeweis des Delaten würde er aber dieses Recht verlieren, denn der Gegenbeweis würde sich in Beweis verwandeln, der Eid darf aber nicht mit andern Beweismitteln cumulirt, er darf nur eventuell gebraucht werden. Es müßte also, statt auf den Eid des Delaten, definitive zu Gunsten des Deferenten erkannt werden, was sich der Delat aus dem oben angeführten Grunde nicht gefallen zu lassen braucht. (Emminghaus S. 325. S. oben Note 12.)**)

---

*) Anmerkung: Der Delat verlöre also beim Gegenbeweis wider die G. V., wenn sie gelingen würde:

1) das letzte Wort (s. nr. 3 oben). Ja sogar:

2) den Prozeß, wenn er nunmehr den Eid weder annehmen noch referiren wollte, während er doch durch die gelungene G. V. den Prozeß gewinnen sollte! — Er verlöre endlich:

3) Die Rückkehr zum Eid, wenn die G. V. mißlingen würde (s. nr. 5 oben).

**) Anmerkung: Dieses Motiv hatte schon das Gutachten der Schöppenstühle zu Leipzig und Wittenberg angedeutet. Auch

B. Streitig ist endlich die Frage, ob gegen die Reprobation und also auch gegen die G.=V. dann ein Gegenbeweis zulässig sei, wenn sie auf künstliche Weise geführt wurde. Bejaht wird die Frage von

v. Bayer S. 772 u. 902,
Wolffsohn S. 281 u. Fitting S. 67.
Osterloh I. S. 346 u. Renaud Lehrbuch S. 239.

Verneint dagegen von

Emminghaus S. 329 flgd.
Muther S. 219.
Nissen S. 202 flgd. [16])

Die letztere Ansicht dürfte wohl vorzuziehen sein.
S. meine IX. Abhandl. §. 2.

III.

Wir kommen nun an den zweiten Fall: der Gewissensvertreter beweist vollständig gegen sich. Hier muß — sagt Muther S. 231 — zu Gunsten des Deferenten erkannt werden (wie im vorigen — umgekehrten — Fall zu Gunsten des Delaten).

Dieser Satz ist gewiß nicht zu beanstanden, wohl aber die Muther'sche Begründung desselben.

---

unter den sächsischen Juristen bestand nämlich die Controverse, wurde aber auf Grund jenes Gutachtens im richtigen Sinn entschieden. Die Unstatthaftigkeit des Gegenbeweises war denn auch allgemein angenommen, und erst zu Ende des vorigen und im gegenwärtigen Jahrhundert wurden Zweifel im Gebiet des gemeinen Rechts laut (v. Gönner et Consorten).

[16]) Nissen sagt S. 202:

„— — Wenn nun die gebotene Centralisation im heutigen Prozeß die gleichzeitige Vorlegung alles zu benützenden Materials fodert und für das Beweisverfahren den Satz reprobatio reprobationis non datur schafft, so heißt das nichts Anderes, als daß jeder Partei ein Mal über die Existenz der von ihr prädentirten Thatsachen eine Beweismöglichkeit eröffnet wird."

Die Gründe von Emminghaus aber, der den Gegenbeweis wider die künstliche G.=V. für einen vergeblichen hält und aus seiner Nutzlosigkeit auf seine Unzulässigkeit schließt (S. 329—331), sind absolut verwerflich. (S. oben Note 12.)

Nach meinem Dafürhalten ist der Grund jenes Satzes die Gemeinschaft der Beweismittel. Das sagen auch v. Linde und Schmid, Höchster und Wetzell. And'rer Meinung ist aber Muther. Derselbe lehrt S. 232:

„Wenn v. Linde von einer Gemeinschaft der Beweismittel spricht, so finde ich das begreiflich, denn er läßt Gegenbeweis wider die G.=V. zu. Unbegreiflich aber ist es, wie diejenigen, welche den Gegenbeweis ausschließen, auf eine Wirkung der Gemeinschaftlichkeit sich berufen können. Nur wenn Beweis und Gegenbeweis einander entgegenstehen, resp. wo letzterer überhaupt möglich ist, kann von Gemeinschaft der Beweismittel die Rede sein (Busch im Archiv Bd. 41, S. 266 flgd.). Da ich nun Gegenbeweis wider die G. V. für unzulässig halte, verwerfe ich die aus der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel gezogenen Argumente, komme aber auf anderem Wege zu einem ähnlichen Resultate."

Muther verwirft also hier die Gemeinschaft der Beweismittel, weil kein Gegenbeweis wider die G. V. möglich ist. Allein der Beweis des Gewissensvertreters, der zu Gunsten des Deferenten ausgefallen ist, erscheint ja nicht als Gegenbeweis, sondern als ein für den Deferenten gelieferter Hauptbeweis. Es ist ja keine G. V. da, welche jener Beweis paralysiren könnte, wie sollte er also als Gegenbeweis wider die G. V. erscheinen? — Zwar darf der Deferent auch keinen Hauptbeweis mehr führen, weil die Beweisfrist verstrichen ist und der Delat auf die Eideszuschiebung eine Erklärung abgegeben hat; allein wenn der Delat für den Deferenten beweist, so darf dieser davon gewiß Nutzen ziehen, und darin besteht ja gerade die Gemeinschaft der Beweismittel! —

Wenn nun aber Muther die Gemeinschaft der Beweismittel als Grund der obigen Entscheidung nicht anerkennt, auf welchem andern Weg gelangt er denn zum nämlichen Resultate? — Hören wir ihn selbst.

„Hauptvoraussetzung jedes Beweises (sagt Muther S. 232) ist die juristische Ungewißheit der zu beweisenden Thatsachen. Wenn nun durch eine Thätigkeit des Produkten die Ungewiß-

heit der fraglichen Thatsachen aufgehoben wird, so bedarf es keines weiteren Beweises von Seite des Produzenten. Ein Gewissensvertreter, der, nachdem er gegen sich bewiesen, noch verlangen sollte, zum Eid gelassen zu werden, ist offenbar chikanös, denn die betreffende Thatsache, welche der Gewissensvertreter, wenn auch zu seinem Nachtheil bewiesen hat, ist juristisch nicht mehr zweifelhaft."

Also berücksichtigt Muther den vom Delaten für den Deferenten erbrachten Beweis, denn er erkennt ja wegen dieses Beweises definitive zu Gunsten des Deferenten. Geschieht nun das etwa nicht kraft des Grundsatzes der Gemeinschaft der Beweismittel? — Wenn zu Gunsten des Klägers erkannt wird wegen eines vom Beklagten gelieferten Beweises, nützt dann nicht dieser Beweis dem Kläger, und ist er also nicht „gemeinschaftlich" geworden? Worin anders besteht denn die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit, als darin, daß der Gegner des Beweisführers davon Gebrauch machen, sich darauf berufen kann?! —

Wenn daher Muther im vorwürfigen Fall die Gemeinschaft der Beweismittel verwirft, so sollte er consequent den vom Delaten erbrachten Beweis, weil dieser dem Deferenten nützen würde, gar nicht berücksichtigen und folglich auf den Schiedseid rekurriren. So erkennt aber Muther bloß im folgenden Fall, wenn Delat unvollständig für den Deferenten erwiesen, nicht aber im vorwürfigen Fall, da er vollständig gegen sich bewiesen hatte. Sprechen wir also jetzt von jenem andern Fall, den bereits Busch im

Archiv Bd. 42, S. 20 a. E. — 22

in den Kreis seiner Erörterungen gezogen hat.

IV.

Wenn der Delat unvollständigen Beweis gegen sich erbracht hat, so darf dieser — sagen Busch (a. a. O. S. 20) und Muther (S. 262) — auf keine Weise dem Gegner zu gut kommen, das unvollständige Resultat der G. V. ist daher juristisch außer Ansatz zu lassen und folglich auf den Schiedseid zu rekurriren. Muther sagt a. a. O.:

„Weder ist das zweifelhafte Sachverhältniß jetzt zu einem juristisch sichern geworden, noch kann, wie gezeigt wurde, von einer Gemeinschaft der Beweismittel die Rede sein.“

Ich halte diese Entscheidung nach dem vorhin Gesagten für unrichtig, selbst auf Muther's Standpunkt für inconsequent. Ich behaupte, es müsse hier, weil die Beweismittel des Delaten dem Deferenten gemeinschaftlich werden, nach dem Resultat des unvollständigen Beweises auf einen Notheid erkannt werden, es verwandle sich also die primäre Eidesdelation in eine eventuelle, wenn Delat gegen sich bewiesen hatte.

Uebereinstimmend hiemit sagt Preußer l. c. S. 149:

„Busch und Muther gerathen auch in Widerspruch mit sich selbst, wenn sie den vollständigen Beweis des Delaten dem Deferenten zu Gut kommen lassen (s. III. oben), nicht aber den unvollständigen!“

Dagegen bemerkt aber Busch S. 21:

„Bei dem direkten Gegenbeweis ist ein Suppletorium undenkbar, denn es tritt hier der Grundsatz ein: „actore non probante reus absolvitur.“

Dieser Satz ist freilich richtig, aber er paßt nicht für unseren Fall; er ist kein Grund für die Ansicht der Gegner; denn wenn die G. V. gegen den Delaten ausfällt, so ist sie ja kein Gegenbeweis und keine G. V. mehr, sondern ein dem Deferenten zu gut kommender Hauptbeweis! —

Busch bemerkt weiter:

„Wohl mag es bedenklich sein, einen Delaten, der vielleicht mehr als halb gegen sich bewiesen hat, zur Ableistung des Schiedseides zu lassen, wohl mag der Ableistung desselben unter diesen Umständen eine Meineidsklage auf dem Fuße folgen, gleichwohl kann und darf der Civilrichter den für den Deferenten sprechenden G. V.-Beweis diesem nicht auf sein Conto schreiben, und ein Suppletorium zusprechen, da der Deferent einen Gegenbeweis nicht führen durfte, und folglich eine Gemeinschaft der Beweismittel mit ihren Wirkungen ausgeschlossen ist.“

Allein auch dieser Grund ist ganz und gar unstichhaltig. Daraus, daß Deferent keinen Gegenbeweis wider die G. V.

führen darf, folgt nicht, daß er den zu seinen Gunsten ausgefallenen G.-V.-Beweis nicht für sich benutzen dürfe. Er benützt ja denselben — wie schon oben bemerkt wurde — nicht als Gegenbeweis, sondern als Hauptbeweis! — Wenn endlich Muther sagt (S. 262), wir erhielten das sonderbare Resultat, daß Jemand den fremden Beweis durch seinen Eid erfüllte, und gegen den eigenen Beweis sich durch den Eid reinigte, so ist leicht zu zeigen, daß diese Sonderbarkeit nur eine scheinbare ist. Der vom Delaten zu Gunsten des Deferenten geführte Beweis wird letzterem gemeinschaftlich, er ist also kein „fremder" Beweis mehr, sondern geradesogut ein eigner Beweis des Deferenten, wie der von ihm selbst geführte, der Deferent schwört daher durch das Suppletorium seinen eigenen Beweis voll, und Delat schwört mittelst des Purgatorii des Deferenten Beweis weg.[17])

V.

Wenn die G. V. mißlungen ist, so wird dem Delaten nach der herrschenden Ansicht der Rekurs zum Eid, und zwar die Wahl zwischen Acceptation und Relation zugestanden.

Glück Pandekten XII. S. 334. v. Bayer S. 902. Wetzell S. 263 und Note 45. Renaud S. 358.

Beide Sätze sind in jüngster Zeit angestritten worden. Der erste von Nissen l. c. S. 16, 32, 34, der zweite von Heimbach, Busch und Muther a. a. O.

1) Nach Nissen ist die G. V. ein Rekusationsgrund, auf den Eid zurückzukommen, ist daher unmöglich. (S. dagegen Note 18.)

2) Nach der Lehre einiger Neueren soll aber der Delat nicht bloß das Recht haben, zum Eid, d. h. zur Acceptation desselben zurückzukehren, sondern die Pflicht, den Eid abzuleisten, wenn er nicht sachfällig werden will, er soll so-

---

[17]) Daß übrigens dem Deferenten das Suppletorium nicht auferlegt werden darf, ist auf dem Standpunkt von Muther und Busch ganz consequent, wie sich aus dem folgenden (V) ergeben wird. Busch und Muther verbieten nämlich dem Gewissensvertreter den Rekurs zur Relation und müssen sich also aus diesem Grunde auch gegen das Suppletorium erklären, welches seinem Inhalt nach mit dem jur. relatum coincidirt.

mit nicht befugt sein, nach resultatlos gebliebener G. V. den Eid zu referiren.

Vgl. Heimbach in den jur. Abhandl. von Ortloff ꝛc. Band II. §. 8.

Busch im Archiv Bd. 41 S. 8. ad B.

Muther a. a. O. S. 241—47.

Langenbeck Beweisführung S. 819 nr. 2 Abs. 2.

Dagegen und für die herrschende Ansicht haben sich aber neuerlich erklärt:

Preusser l. c. S. 134—139.

Wetzell 2. Aufl. S. 263 Note d 45 und

Renaud Lehrbuch S. 359.

Die Gegner der communis opinio suchen ihre Ansicht auf historischem, wie auf dogmatischem Weg zu begründen. Die G. V. — sagen sie — ist ein Institut der sächsischen Rechtsquellen und der sächsischen Juristen; sie ist daher in der Weise, wie sie in Sachsen gesetzlich bestand, in den andern deutschen Ländern durch den Gerichtsgebrauch rezipirt worden. In Sachsen stand es aber schon in der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts fest, daß nach mißlungener G. V. nur der Regreß zur Eidesleistung, nicht aber die Befugniß zur Relation zustehe.

Allein das sächsische Recht ist für den gemeinen Prozeß nicht entscheidend, wenigstens bildet es hiefür keine subsidiäer Rechtsquelle.

Vgl. Emminghaus a. a. O. S. 304.

Preusser l. c. §. 1. S. 97 flgd.

Auch war dort die Ausschließung der Relation ganz folgerichtig, weil der sächsische Prozeß auch den Probanten vor die Wahl zwischen Eidesdelation und sonstigem Beweise stellt, während das gemeine Recht die Cumulation beider gestattet, und deßhalb auch dem Delaten nicht verwehren kann, nach mißlungener G. V. zur Eidesrelation zurückzugreifen.

Wetzell l. c. Note 45.

Emminghaus, Heimbach und Muther versuchen nun aber ihre Ansicht auch rationell zu begründen, indem sie

darauf hinweisen, daß die G. V. zu dem Zweck unternommen wurde, um sich der Nothwendigkeit des Schwurs zu entheben,[18]) und daß in der Wahl der G. V. zugleich eine eventuelle Annahme des Eides für den Fall des Mißlingens der unternommenen G. V. liege, daß also G. V. und Relation einander ausschließen. „Wer G. V. wählt, — sagt Heimbach, — gibt mit Bestimmtheit zu erkennen, daß er selbst schwören wolle, wenn der Beweis mißlingt. Wollte er den Deferenten zum Schwur kommen lassen, so brauchte er ihm ja nur den Eid zu referiren."

Und Muther behauptet, die Annahme des Eides sei mit der Relation desselben schlechterdings unvereinbar, dagegen bestehe zwischen Acceptation und G. V. eine innere Verwandtschaft, denn in beiden Fällen habe Delat den Willen, das Gegentheil des Beweissatzes zur jur. Wahrheit zu erheben; in der G. V. liege daher eine eventuelle Eidesannahme.[19])

Vgl. auch Langenbeck Beweisführung Bd. III. S. 819.

---

[18]) Mit Recht bemerkt dagegen Preusser, die G. V. werde nur unternommen, um den Eid überflüssig zu machen und ein Definitivurtheil zu erlangen, der Delat schiebe hiedurch seine Erklärung über Acceptation oder Relation des Eides auf, erkläre also zur Zeit so wenig das Eine als das Andere. Viel eher könnte aus seinem Schweigen eine Rekusation hergeleitet werden; aber auch das sei nicht begründet (und werde auch von Heimbach und Emminghaus gar nicht behauptet), denn eine Rekusation geschieht in der Absicht, den Eid zu entfernen, während die G. V. nur versucht, den Schwur einstweilen überflüssig zu machen. Der Grund der Rekusation liegt daher nicht in der Gegenwart, sondern in der Zukunft: wenn der Beweis gelingt, dann ist die G. V. eine justa causa recusandi. Vergl. Muther §. 140. Hiemit harmonirt denn auch nicht bloß das sächsische Recht, sondern eine unzweifelhafte, ganz entschiedene gemeinrechtliche Praxis seit Ende des 17. Jahrhunderts, sowie die Billigkeit und Natur der Sache. Würde man dem Delaten die G. V. versagen, so brächte man ihn um seinen Gegenbeweis; würde man ihm aber den Regreß zum Eid versagen, so brächte man ihn um den Eid. S. Preusser a. a. O.

[19]) Mit Recht bemerkt aber dagegen Preusser l. c. S. 144, die Relation bezwecke ganz dasselbe, was die Acceptation und G. V. bezweckt, nämlich die richterliche Ueberzeugung von dem Nichtwahr des Beweissatzes zu erwirken. Es sei daher nicht zuzugeben, daß zwischen der G. V. und Acceptation eine nähere innere Vorwandtschaft, als zwischen der G. V. und Relation

Schon vor Preusser und Wetzell habe ich dagegen und zu Gunsten der herrschenden Lehre geltend gemacht, daß man den Angegriffenen und Delaten in seinen Vertheidigungsmitteln verkürzen würde, wollte man ihm nach mißlungener G. V. die Möglichkeit der Relation abschneiden. In keinem Fall könnte man dieses dann, wenn der Deferent mit der Relation einverstanden ist. Aber angenommen und abgesehen von einem solchen Einverständniß, man könnte es, — soll denn etwa der Delat, der selbst nicht schwören will, und also seine Zuflucht zur Relation nehmen muß, des Vortheils verlustig gehen, dem Eid des Gegners durch Beweis des Gegentheils auszuweichen und auf diese Weise einen Eid zu ersparen. — Soll es ihm nicht wenigstens erlaubt sein, bei der Wahl der G. V. sich die Relation vorzubehalten und auf diese Weise die außerdem eintretende Annahme der Acceptation zu vereiteln? Wenn es erlaubt ist, den Eid eventuell zu deferiren, warum soll es nicht auch erlaubt sein, ihn eventuell zu referiren? — Kann der Delat den Eid durch Beweis entbehrlich machen, wenn er ihn angenommen, warum soll er dieß nicht auch dann thun dürfen, wenn er ihn zurückgeschoben hat? — Und würde man nicht den Delaten zum Meineid induziren, wenn man ihn, der den Eid eventuell referirt hatte, nach mißlungener G. V. zwingen wollte, nun selbst zu schwören, um nicht sachfällig zu werden?! — Das sind die Gründe, welche mir für die Zulässigkeit der Relation zu sprechen scheinen: außer billiger Berücksichtigung der Rechte des Angegriffenen die großen Prinzipien der Eidesersparung und Meineidsverminderung.

S. meine Abhdl. vom J. 1862 in v. Lindes Zeitschrift Bd. 19 S. 30 u. 31.

---

stattfinde, und daß daher in der G. V. eine eventuelle Acceptation des Eides gefunden werden müsse. Die Wahrheit sei die, daß in der G. V. so wenig eine Acceptation als Relation des Eides liege, daß vielmehr durch die G. V. die Erklärung des Delaten über Annahme oder Relation des Eides suspendirt werde, wenn nicht etwa schon bei der Wahl derselben der Delat den Eid eventuell acceptirt oder referirt hatte.

VI.

Wenn die G.-V. zu Gunsten des Delaten, aber unvollständig ausgefallen ist, so darf nach Muther weder auf's Suppletorium, noch auf's Purgatorium erkannt werden, es kömmt daher zum Schiedseid (S. 253—261).

Uebereinstimmend hiemit erklären sich:

Wetzell System 1. Auflage S. 179 Note 30. 2. Auflage S. 263 a. E.

Langenbeck Beweisführung III. S. 827 a. E.

Preußer a. a. O. S 145 flgd.

und Renaud Lehrbuch S. 359.

Busch dagegen erklärt sich bloß gegen den Reinigungs-, nicht aber gegen den Ergänzungseid.

Archiv Band 42, S. 6—22.

Und Muther lehrt S. 258:

„Die sachlichen Bedenken wider das Purgatorium sind so gewichtig, daß sich zweifellos ergibt, wie die neuere Doktrin und Gesetzgebung auf Irrwegen umherschweift, die wir als ungeeignet betrachten müssen, die alte gerade und consequente Bahn des Rechts irgendwie zu verändern."

Meines Erachtens ist auch hier an der herrschenden Lehre festzuhalten, wonach bei unvollständig gelungener G.-V. die Notheide aufgelegt werden. Was nämlich:

1) die gegen das Suppletorium vorgebrachten Gründe betrifft, so scheinen mir dieselben keineswegs stichhaltig zu sein. Muther nimmt am Suppletorium Anstoß, weil sein Inhalt derselbe ist, wie jener des Schiedseids, durch das Uebergehen des erstern also irgend ein erhebliches Prozeßrecht des Gewissensvertreters nicht gekränkt wird (S. 258).

Beides ist richtig; der Delat wird durch Uebergehen des Suppletorii nicht verletzt, dagegen wird es der Deferent. Es kann nämlich dem Letztern unter Umständen durchaus nicht gleichgiltig sein, ob das Suppletorium oder der Schiedseid geschworen wird. Der Schiedseid darf nur durch den Beweis des Meineids angegriffen werden, das Suppletorium kann durch den bloßen Nachweis der objektiven Unwahrheit des Beschwornen paralysirt werden, soferne letzterer durch wahre Nova geführt

wird. Der Deferent hat also möglicherweise ein Interesse dabei, daß nicht der Schiedseid, sondern das Suppletorium aufgelegt werde. Es frägt sich daher bloß, ob er auch ein Recht auf's Suppletorium habe, und diese Frage glaube ich bejahen zu müssen. Nach der Art und Weise, wie ich das Prinzip der Gemeinschaft der Beweismittel verstehe, hat der Produkt nicht bloß ein Recht auf das Ergebniß, ich meine auf den Inhalt der vom Produzenten vorgeführten Beweismittel (s. oben III), sondern auch ein Recht darauf, daß nach dem Resultat des unvollständigen Beweises auf den entsprechenden Notheid — im vorwürfigen Fall also auf's Suppletorium — erkannt werde.

Vgl. meinen Aufsatz in dieser Zeitschrift Band 17, S. 2, Note 5.

Würden wir daher anstatt des Suppletoriums den Schiedseid auflegen, so könnten wir unter Umständen dem Recht und Interesse des Deferenten zu nahe treten. Der Delat hat dadurch, daß er die G.-V. gewählt, alle Folgen und Eventualitäten der Beweisführung auf sich genommen, und fällt der Beweis gegen ihn aus, so benützt ihn der Deferent für sich; fällt er unvollständig, aber mehr als halb aus, so muß ihn der Gewissensvertreter durch das Suppletorium ergänzen [20])

Wenn Muther dagegen bemerkt, das Erkenntniß auf's Suppletorium würde die Entscheidung der Sache nur unnütz hinausziehen, denn nach dem Satz, daß bei mißlungener G.-V. Regreß zum Haupteid stattfindet, könnte Gewissensvertreter es ohne Nachtheil unterlassen, den Ergänzungseid zu schwören, — so muß ich das entschieden in Abrede stellen; da nämlich Schiedseid und Suppletorium im Thema völlig conincidiren, so wäre es geradezu ungeräumt, wenn man Tagefahrt zur Ableistung des Schiedseides ansetzen würde, nachdem Delat die Abschwörung des Suppletorii abgelehnt hatte. Mit der Rekusation des Ergänzungseides hat Delat auf's Unzweideutigste zu erkennen ge-

[20]) Uebrigens läßt sich die Auflage des Suppletorii noch in anderer Weise rechtfertigen, nämlich aus denselben Gründen, aus welchen sich bei weniger als halbem Gewissensvertretungsbeweise das Erkenntniß auf's Purgatorium rechtfertigen läßt. S. oben sub nr. 2. b.

geben, daß er überhaupt in dieser Sache nicht schwören könne oder wolle; von einem Rückgriff zum Schiedseid kann daher selbstverständlich ebensowenig die Rede sein, als von einer nochmaligen Anberaumung des Schwurtermins, wenn der Schwurpflichtige das Erstemal ausgeblieben oder die Ableistung des Eides verweigert hatte. Der Richter wird sich daher auch keine Prozeßverzögerung schuldig machen, wenn er das Suppletorium auflegt.

Nur beim künstlichen Beweis pro exoneranda conscientia wollen Muther und Langenbeck (a. a. O.) das Suppletorium zulassen, weil dasselbe hier auf einen andern Satz zu richten wäre, wie der Hauptеid „obwohl auch hier (fügt Muther bei), wenn die Ableistung des ersteren nicht erfolgt, die Nothwendigkeit bleibt, auf den letzteren zurückzukommen."

Allein gerade wegen dieser Nothwendigkeit auf den Schiedseid zurückzukommen,[21]) halte ich die Auflage des Suppletorii über den künstlichen Beweis für unpassend, denn die Verweigerung desselben würde kein weiteres Resultat liefern, als die Auflage des Schiedseides über die Hauptsache, der Notheid soll aber das Endresultat unmittelbar herbeiführen, und darf daher nicht als Vorbereitung für andere Eidesleistungen dienen.[22]).

S. die Abhandlung X. §. 8.[23])

Ich behaupte daher, der Delat müsse den Schiedseid, oder vielmehr das Suppletorium über die Negative des Beweisthemas ableisten. Nehmen wir z. B. an, der puncto injuriarum Belangte hätte die G.=B. gewählt und den Beweis des Alibi über die Hälfte geliefert. Wird ihm der Ergänzungseid hierüber aufgelegt, und er verweigert die Ableistung, so steht fest, daß Beklagter in loco gewesen, die G.=B. ist mißlungen, und Beklagter muß nun zum Schiedseid darüber ge=

[21]) Vorausgesetzt, daß diese Nothwendigkeit besteht, was ich übrigens in Abrede stelle. S. oben S. 348 vor nr. 2.

[22]) Muther sagt selbst S. 259: „Das Erkenntniß auf's Purgatorium ist Endurtheil, d. h. Erkenntniß in der Hauptsache (nicht bloß über Ausfall der G. B.)" Gilt das vom Purgatorium, so muß es auch vom Suppletorium gelten! —

[23]) In meiner Abhandlung spreche ich freilich nur von der Unzulässigkeit des Notheides zur Ergänzung oder Entfernung unvollständigen Beweises der

lassen werden, daß er den Kläger nicht injurirt habe. Da hier die Auflage des Notheides nur als Uebergangsbrücke für den Schiedseid dienen würde, so muß es sich der Beklagte gefallen lassen, sofort den Schiedseid, oder (was mir richtiger scheint) das Suppletorium darüber abzuleisten, daß er den Kläger nicht injurirt habe. Hat der Delat das Alibi mehr als halb erwiesen, so ist es eigentlich gerade soviel, als wenn er mehr als halb dargethan hätte, er habe nicht injurirt. Delat kömmt daher zum Suppletorium, nur nicht über das Alibi (wie Busch will), sondern über das contrarium des Klaggrundes. S. unten nr. 2. lit. a. a. E. (S. 196).

2) Was sodann die gegen die Auflage des Purgatorii vorgebrachten Gründe betrifft, so muß ich mich vor Allem gegen den einleitenden Satz von Busch verwahren, dem auch Muther beistimmt (S. 260 a. E.), daß das Purgatorium des Deferenten nur dann denkbar und zulässig sei, wenn der Rückgriff zum Schiedseid gesetzlich ausgeschlossen, nicht aber dann, wenn er gestattet ist.

Archiv Band 42, S. 12—20.

Dieß scheint mir inconsequent zu sein, obwohl es Busch durch eine Reihe von Citaten aus den sächsischen Schriftstellern und Prozeßordnungen belegt. Wenn man den Reinigungseid im einen Fall ausschließt, so sehe ich nicht ein, warum man denselben im andern Fall zulassen soll. Die Hauptgründe wenigstens, welche Busch und Muther gegen das Purgatorium vorbringen (s. unten lit. b. u. c.), passen, abgesehen vom künstlichen G.-B.-Beweis,[24]) geradesogut auf den einen,

---

Prämissen einer praesumtio hominis oder der Existenz eines außergerichtlichen Geständnisses. Das dort Gesagte gilt aber ex eadem ratione auch vom Gebrauch des Notheides bei der künstlichen G. B.

[24]) Beim künstlichen G. B.-Beweis steht freilich, wenn der Regreß zum Schiedseid ausgeschlossen ist, der Auflage des Purgatorii gar kein Hinderniß im Wege. Beim natürlichen G. B.-Beweis aber und ausgeschlossenem Regreß zum Schiedseid fällt zwar der erste und vierte, nicht aber der zweite und dritte der von Busch und Muther gegen das Purgatorium vorgebrachten Gründe (oben lit. a—d.) hinweg.

wie auf den andern Fall, und es läßt sich für das Purgatorium bei ausgeschlossenem Regreß zum Schiedseid schlechterdings kein anderes Motiv denken, als daß durch die Verwerfung desselben eine zu große Härte gegen den Delaten begangen würde, welcher dadurch von der Wahl der G.-V. abgeschreckt werden könnte. Allein gerade diese Härte erscheint als consequente Folge des ausgeschlossenen Rückgriffs zum Schiedseid. So ist z. B. in unsr'er bayerischen Gesetzgebung, sowohl in der älteren G.-O., dem s. g. summarischen Prozeß von 1616, Tit. 7, Art. 20, als in der an ihre Stelle getretenen Kreittmayer'schen G.-O. von 1753 cap. 13 §. 2. nr. 9 der Regreß zum Schiedseid und der Gebrauch der Notheide verboten. Der Grund des ersten Verbots ist nach Baron Schmidt's Commentar zur G.-O. von 1616 kein anderer, als weil Delat durch die Wahl der G.-V. unzweideutig zu erkennen gab, daß er in der Sache weder selbst schwören, noch auch den Deferenten zum Schwur kommen lassen wolle. Die G.-V. involvirt demnach eine Rekusation des deferirten Eides. Da nun die Notheide ihrem Inhalte nach mit dem Schiedseid coincidiren, so erscheint es als ganz folgerichtig, daß bei verschlossener Rückkehr zum Schiedseid auch auf einen Notheid nicht erkannt werden darf,[25]) daß daher ein unvollständig gelungener Beweis pro exoneranda conscientia einem vollständig mißlungenen gleichzuachten ist.[26])

Demnach wäre gerade das Gegentheil von dem richtig, was Busch und Muther aufstellen, das Purgatorium also dann nicht zu rechtfertigen, wenn der Regreß zum Schiedseid ausgeschlossen ist. Da nun nach der herrschenden Ansicht der Rückgriff zum Schiedseid bekanntlich zuläßig ist, so hat sich auch

---

[25]) Ich kann daher auch Dr. Nissen's Ansicht nicht beipflichten, der die G. V. als Rekusationsgrund betrachtet nnd doch (S. 209) die Notheide für zuläßig hält, wenn jene unvollständig ausgefallen ist. —

[26]) Diesen Grund gegen das Purgatorium macht Muther dann geltend wenn der Regreß zum Schiedseid erlaubt ist, weil seiner Ansicht nach die Relation unmöglich ist (s. oben lit. b.). Es ist daher wirklich unbegreiflich, wie Muther bei ausgeschlossenem Rekurs zum Eid der Ansicht von Busch beitreten und das Purgatorium zuläßig halten kann! —

die communis opinio für die Zulässigkeit des Purgatorii erklärt.

Welche Gründe machen nun aber die Gegner — Wetzell, Preusser, Busch und Muther gegen die communis opinio geltend? —

a) Busch sagt S. 16:

Beim unvollständigen G.=V.=Beweis paßt zwar ein Suppletorium, weil dadurch der Hauptprozeß entschieden wird, nimmermehr aber ein Purgatorium, weil durch dieses der vom Gewissensvertreter geführte unvollständige Beweis nur entkräftet, nicht aber der Beweissatz des Deferenten bewiesen wird."

Dieses Argument hat nur eine beschränkte Beweiskraft denn es paßt bloß auf den Fall, wenn die G.=V. künstlich geführt wird[27]) (wie auch aus den von Busch S. 17 u. 18 gewählten Beispielen hervorgeht), nicht aber auf den Fall, wenn sie auf natürlichem Wege versucht wird. Vgl. auch Muther S. 259 u. 260.

Busch hat daher Unrecht, wenn er S. 16 lehrt:

„Das von den Prozessualisten beliebte Purgatorium über den Präliminarbeweis kann die Hauptsache nie zur Entscheidung bringen, wenn nicht das Mißlingen jenes Versuchs mit dem gesetzlichen Präjudiz bedroht ist, es solle dann der Beweissatz des Deferenten für wahr gelten."

Er hat ebenso Unrecht, wenn er S. 18 behauptet, durch seine Beispiele, welchen noch andere beigefügt werden könnten, werde v. Bayer's Behauptung widerlegt, daß der referirte Eid mit dem Purgatorium des Deferenten ohnehin materiell übereinstimme. Denn alle diese Busch'schen Sätze gelten nur vom künstlichen, nicht aber vom natürlichen Gewissensvertretungsbeweise.[28])

---

[27]) Aber auch dann fällt obiges Argument hinweg, wenn der Regreß zum Schiedseid ausgeschlossen ist, denn dann entscheidet das Purgatorium wider die künstliche G. V. geradesogut den Streit, wie das Purgatorium wider die natürliche. Vergl. Busch S. 16, 17 u. 20. (Indessen würde ich — in Consequenz des oben lit. a. am Ende Gesagten — auch hier das Purgatorium wider den Klaggrund, und nicht gegen den künstlichen Beweis auflegen).

[28]) Nehmen wir z. B. an, A klagt pcto injur. gegen B und deferirt ihm

Allein selbst beim künstlichen Beweis pro exoneranda conscientia läßt sich das Purgatorium vertreten (and. Mein. Muther S 260), nur darf es nicht gegen das gewählte Beweisthema — also gegen das Alibi — abgeleistet, sondern muß gegen den Schlußsatz, also über die Injurie geschworen werden. Wenn nämlich der Delat das Alibi weniger als halb bewiesen, so hat Deferent ein Recht auf den Notheid. Da er nun das Purgatorium gegen das Alibi nicht abschwören darf, warum sollte er nicht das Purgatorium gegen den Schlußsatz, d. h. über die Injurie schwören dürfen? Das Verhältniß ist ja dasselbe, als wenn Delat, der das Alibi weniger als halb erwiesen, weniger als halb dargethan hätte, er habe den Gegner nicht injurirt. — Ist der vollständige Beweis des Alibi im Effekt gleich dem vollständigen Beweis des Nichtwahrs des Klagegrundes, so wird der unvollständige Beweis des Alibi = dem unvollständigen Beweis des Contrariums des Klagegrundes sein. (Habe ich bewiesen, daß ich am betreffenden Tage abwesend war, so habe ich auch bewiesen, daß ich den Gegner nicht injurirt haben konnte. Habe ich wahrscheinlich gemacht, daß ich an jenem Tage abwesend war, so habe ich auch wahrscheinlich gemacht, daß ich nicht injurirt habe.) Es sind daher die Notheide — Purgatorium und Suppletorium — über den Klagegrund selbst, und nicht über die Prämisse des künstlichen Beweises, d. h. über das Alibi aufzulegen, und stellt sich hiemit das erste Argument wider das Purgatorium (s. oben a.) nach allen Seiten als grundlos heraus.

b) „Da das Purgatorium — sagt Muther — mit dem juramentum relatum identisch wäre, durch die Wahl der G. V.

den Eid. B. wählt die Gewissensvertretung und beweist durch einen verdächtigen Zeugen, daß er den A am 6. November im Wirthshaus X nicht injurirt habe. Zeuge müßte es gehört haben, da er den B begleitet und nicht von seiner Seite gewichen sei. Wenn hier Deferent das Purgatorium bekömmt, so kann er es nur dahin abschwören, daß B ihn am Abend des 6. in loco X injurirt habe. Coincidirt das Purgatorium etwa nicht mit dem jur. relatum? Und wird hiedurch der Prozeß etwa nicht definitive entschieden? Ist also hier ein Rückgriff zum Schiedseid möglich und nöthig? — Gewiß nicht!

aber die Relation des Eides ausgeschlossen wird, so würden wir auf einem Umweg und wider den erklärten Willen des Delaten dasjenige zulassen, was eben nur als freier Willensact des Delaten Bedeutung hätte." — Dieser Grund ist die Consequenz des Muther'schen Satzes, daß der Gewissensvertreter zur Relation nicht rekurriren dürfe. Da ich nun diesen Satz oben sub V bekämpft habe, so kann ich auch jenem Grund nicht beipflichten. —

c) Schlagender ist der dritte Grund, welchen bereits Busch und nach ihm Muther gegen das Purgatorium aufgestellt hat. Der Gewissensvertreter (sagt Muther S. 259 u. 260) bleibt immer angegriffener, der Deferent angreifender Theil. Widersinnig wäre es aber, den angreifenden Theil „sich reinigen," d. h. vertheidigen zu lassen. In der That würde das Purgatorium nicht bloß den gegnerischen Beweis vernichten, sondern auch ein positives Resultat involviren, nämlich den Beweissatz des Deferenten bewahrheiten. Dieser Eid (sagt Busch S. 19) wäre daher kein Reinigungseid, sondern seinem wahren Wesen und seiner Wirkung nach ein Erfüllungseid, der aber dem Kläger, weil dieser nicht nur nichts bewiesen hat, sondern sogar einigermaßen gegen ihn bewiesen ist, nicht zuerkannt werden darf.[29])

Allein auch dieses Argument läßt sich sehr leicht widerlegen, wenn man die G. V., wie die Mehrzahl der Neuern annimmt, als direkten Gegenbeweis ansieht. Zwar hält Muther diese Auffassung für unnatürlich und unjuristisch (S. 277—79), allein seine Gründe haben mich nicht überzeugt und habe ich dieselben sub I zu widerlegen gesucht. Ich halte die G. V. für einen direkten Gegenbeweis, gerichtet wider den Hauptbeweis, welchen der Deferent durch die Eidesdelation in Verbindung mit der in der G. V. enthaltenen Rekusation des Delaten geliefert hat (s. oben I). Nun kann man einwenden, gerade als Gegenbeweis könne die G. V. durch einen Notheid weder ergänzt, noch vernichtet werden. Das sagt auch Wetzell im System des ordentl. Civilproz. §. 27 („— — weil die Ergänzung oder

[29]) Beim künstlichen Beweis pro exon. consc. fällt dieses Argument freilich hinweg; aber wegen eines andern Grundes (s. oben a) kann hier nach Busch und Muther das Purgatorium nicht aufgelegt werden.

Vernichtung eines unvollständigen Gegenbeweises nicht zulässig ist." [30]) Dieser Einwurf ist aber völlig unstichhaltig, denn nicht die G. V. wird durch den Notheid vollgeschworen oder weggeschworen, sondern der Hauptbeweis des Deferenten wird es.

Es sind nämlich folgende Fälle möglich:

α) Die Gewissensvertretung gelingt vollständig. Hier paralysiren sich die beiden Beweisresultate, und es muß nach der Regel: „actore non probante reus absolvitur" resp. „in dubio pro reo" zu Gunsten des Delaten erkannt werden.

β) Die G. V. gelingt unvollständig. Hier bleibt, wenn man der herrschenden Ansicht folgt und das Subtraktionsprinzip zu Grund legt, nach Subtraktion der beiden Beweisresultate auf Seite des Deferenten ein Rest, nach dessen Größe entweder auf's Suppletorium oder Purgatorium zu erkennen ist. Gelingt nämlich der G. V.-Beweis über die Hälfte, so bleibt für den Deferenten nur ein Viertelsbeweis übrig (d. h. sein voller Beweis wird durch den mehr als halben Gegenbeweis des Delaten auf einen weniger als halben herabgedrückt), und Delat kommt folglich zum Purgatorium. Fällt aber der G. V.-Beweis weniger als halb aus (unser Fall), so kömmt Deferent zum Suppletorium, denn sein voller Beweis wird durch den Gegenbeweis des Delaten entsprechend vermindert.

Der Ergänzungseid des Delaten über seine mehr als halb gelungene G. V., von dem wir früher (sub nr. 1) sprachen, erscheint demnach als ein Reinigungseid wider den Hauptbeweis. Und das Purgatorium des Deferenten gegen die weniger als halb gelungene G. V., von dem wir jetzt reden, und welches

---

[30]) In der neuen Auflage S. 264 sagt Wetzell: „Als mißlungen ist schon der bloß theilweise gelieferte Gewissensvertretungs-Beweis anzusehen. Denn weil dieser doch immer gegen den Probanten spricht, so kann er zur Auferlegung eines nothwendigen Eides nicht führen, welcher überall einigen für den Probanten sprechenden Beweis voraussetzt, und vorliegend den Delaten nachtheiliger stellen würde, als wenn er gar nichts bewiesen hätte, indem sie ihm die Wahl zwischen Annahme und Relation des Eides entzöge". In gleicher Weise erklärt sich Preußer S. 146—148.

Busch und Muther so anstößig finden, erscheint als ein Suppletorium des Deferenten, verliert aber eben hiedurch seine ganze Anstößigkeit. —

Wenn man aber — nach meinem Vorschlag (s. die Abhandl. XIV) — die Bevorzugungsmaxime — zu Grunde legt, und also den Hauptbeweis als den vollständig gelungenen, der unvollständigen G. V. vorzieht und somit unter allen Umständen dem Deferenten den Nothеid gibt, so erscheint dieser Nothеid gleichfalls als ein Suppletorium des Deferenten.

S. die Abhdl. XIV. §. 3 ad 3.

d) Was endlich den letzten Grund anbelangt, welchen Busch (S. 11 u. 17) und Muther unter Berufung auf Wetzell (S. 179 Note 39) gegen das Purgatorium geltend machen:

„Es würde Gewissensvertreter, der doch einigen Beweis erbracht hat, durch das Erkenntniß auf den Reinigungseid viel ungünstiger gestellt, als wenn sein Beweis ganz resultatlos geblieben,"

— so hat bereits v. Bayer in der vorletzten (7ten) Auflage S. 532 darauf hingewiesen, mit den Worten:

„Wenn jedoch der Delat auf seinen weniger als halben Beweis verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann, — so steht es ihm frei, zum deferirten Eid zurückzukehren und denselben zu acceptiren. Denn außerdem würde er sich in einer nachtheiligern Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte."

(Ebenso in der 8. Aufl. S. 902.) Vgl. auch Osterloh S. 297. v. Bayer glaubt also, der Delat brauche auf das Ergebniß seiner G. V. bloß zu verzichten, um zum Schiedseid zu gelangen, Allein:

a) Die Natur des Verzichts bringt es mit sich, daß derselbe nur bei solchen Ergebnissen stattfindet, welche dem Verzichtenden zum Vortheil, nicht aber bei solchen, die ihm zum Nachtheil gereichen. Die weniger als halb ausgefallene G. V. ist aber ein Beweisresultat, welches dem Delaten zum Nachtheil gereicht, weil es die Auflage des Nothеides an den Gegner zur Folge hat.

b) Nach der Art und Weise, wie ich das Prinzip der Gemeinschaft der Beweismittel verstehe, hat der Produkt ein jus quaesitum nicht bloß auf den Inhalt der produzirten Beweismittel, sondern auch darauf, daß nach dem Resultat des hiedurch erbrachten Beweises auf einen Notheid, hier auf's Purgatorium, erkannt werde. Wir haben oben gesehen, daß dieses Purgatorium des Produkten und Deferenten eigentlich ein Suppletorium ist, daß also bei weniger als halber G. V. das Verhältniß dasselbe ist, als ob Deferent mehr als halbe Probe geliefert hätte. Würde nun der Delat seinen G. V.-Beweis zurückziehen, so würde er dem Deferenten das Suppletorium entreißen, worauf dieser nach dem Resultat des gelieferten Beweises ein wohlerworbenes Recht hat.

c) Die G. V. ist ja (wie bereits oben nachgewiesen wurde) ein direkter Gegenbeweis wider den durch die Rekusation des Eides hergestellten Hauptbeweis. Der direkte Gegenbeweis affizirt aber immer den Hauptbeweis, erscheint als ein integrirender Bestandtheil desselben und kann davon schlechterdings nicht getrennt werden.

v. Linde, Lehrbuch §. 236.

Der Richter muß ihn daher berücksichtigen und der Reprobant kann ihn folglich nicht zurückziehen. Sowie sich nämlich Beweis und Gegenbeweis gegenüberstehen, entkräften sie sich (nach der communis opinio) gegenseitig, d. h. der schwächere Beweis verschwindet gegen den stärkeren, vermindert aber den stärkeren um soviel, als er selbst (der schwächere) beträgt. Da nun hier der Gegenbeweis (die G. V.) weniger als halb ausgefallen, so sinkt hiedurch der Hauptbeweis zu einer drei Viertelsprobe herab, und der Deferent kömmt zum Suppletorium. Eine Störung dieser Operation durch den Delaten, um durch angeblichen Verzicht zum Schiedseid zu gelangen, ist daher nicht nur unzuläßig, sondern eigentlich unmöglich, denn in dem Augenblick, da die G. V. ein positives Resultat für den Delaten geliefert — dieses mag sein, welches es wolle, — wirkt sie auch schon auf den Hauptbeweis ein und verschwindet hiedurch; Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke heben sich gegenseitig auf; es ist

also kein Beweisresultat mehr da, auf welches der Delat verzichten könnte! —

Ich glaube somit nachgewiesen zu haben, daß der Delat auf seine G. V. nicht verzichten dürfe, ja nicht einmal verzichten könne. Kann nun aber der Beweisführer seinen Beweis nicht zurücknehmen, so darf ihn natürlich auch der Richter nicht streichen. Sagt doch Muther selbst bei einer andern Gelegenheit, nämlich bezüglich der eventuellen Eidesdelation S. 297:

„Es wäre Thorheit zu behaupten, irgend ein Beweisführer könne auf die bei dem Richter durch die Produktion der Beweismittel hervorgebrachte, wenn auch unvollständige, Ueberzeugung verzichten. Hat der Richter eine solche gewonnen, so ist sie eben da, sie kann einer bessern Ueberzeugung weichen, nie und nimmermehr aber einfach entfernt werden, als ob sie nie existirt hätte."

Muther erklärt sich also selbst gegen den Verzicht des Beweisführers, gegen die richterliche Streichung eines — gleichviel von wem und für wen — gelieferten und daher in den Akten befindlichen Beweises.

Es bleibt mir daher unerklärlich, wie Muther auf Wetzell's Argument (s. oben lit. d) Bezug nehmen und dasselbe als ein sehr treffendes bezeichnen kann. Denn Wetzell weist den Richter offenbar an, den weniger als halben Beweis des Delaten unberücksichtigt zu lassen und ihm die Ableistung des Schiedseides aufzulegen. —

B.

Gewissensvertretung bei eventueller Eidesdelation.

Vgl. die Abhandl. XII. §. 1 u. §. 3 B.

I.

Ich habe im

Archiv für die civil. Praxis Bd. 30. S 49—52 (S. oben die Abhandl. XII. §. 1.)

folgende Sätze über die G. V. bei eventueller Eidesdelation aufgestellt, an welchen ich noch festhalte:

1) Auch bei der eventuellen Eidesdelation kann sich der Delat — mit oder ohne Antretung eines direkten Gegenbeweises — für die G. V. erklären,[31]) nur muß er den betreffenden Beweis sofort antreten.

2) Die eventuelle G V. verwandelt sich aber von selbst in einen gewöhnlichen Gegenbeweis, wenn der Vorbeweis ganz oder theilweise gelingt, sie hat also den beabsichtigten Effekt bloß dann, wenn der Vorbeweis mißlingt, oder der Delat außer der probatio pro exoneranda conscientia noch so viele andere Reprobationsmittel hat, um damit den Vorbeweis gänzlich zu vernichten.[32])

3) Der Delat braucht sich aber gar nicht ausdrücklich für die G. V. zu erklären, sondern braucht bloß einen direkten Gegenbeweis anzutreten. Denn wenn der Vorbeweis mißlingt, so verwandelt sich der Gegenbeweis von selbst in Gewissensvertretung, d. h. er wirkt wie diese, er erscheint als materielle G. V. Und dasselbe geschieht bei gelungenem Vorbeweis bezüglich desjenigen Theils des Gegenbeweises, welcher nach aufgehobenem Vorbeweis noch übrig bleibt. —

Gegen alle diese Sätze erklärt sich Muther in seiner Monographie S. 293—304. Er sagt S. 297 a. Ende:

„Wenn der Richter dem Produkten in demselben Dekret, wodurch er ihn auffordert, gegen den Hauptbeweis das Geeignete vorzunehmen, aufgibt, binnen gleicher Frist schon jetzt über

[31]) Diesem Satz ist in neuerer Zeit Wetzell beigetreten in seinem System §. 170 Note 37, und v. Bayer 8te Aufl. S. 980 u. 985. Nur geht Wetzell darin zu weit, daß er sagt, es sei der eventuellen Eidesdelation gegenüber von Vortheil, nicht bloß den Gegenbeweis, sondern eventuell zugleich den Beweis zur G. V. anzutreten.

S. die XII. Abhandlung §. 1 nr. 3, und oben nr. 3.

(A. M. Preußer l. c. S. 116 und 131.)

[32]) Der wahre Grund dieses Satzes liegt in der Natur der G. V. Diese ist ein direkter Gegenbeweis, der direkte Gegenbeweis bildet aber einen integrirenden Theil des Hauptbeweises. Soll nun der Richter aus den ihm dargebrachten Beweismitteln von der Wahrheit eines Satzes überzeugt werden so kann dieß nicht anders geschehen, als daß er zu gleicher Zeit auch die für das Gegentheil sprechenden Gründe einer Prüfung unterwirft (eine andere, aber zu enge Motivirung s. im Archiv S. 52 flgd. Vergl. die VIII. Abhandlung §. 1 nr. 2.)

die Annahme des eventuell zugeschobenen Eides sich zu erklären,[33]) so frägt es sich, ob außer eventueller Acceptation oder Relation auch G. V. gewählt werden dürfe. Gewöhnlich wird behauptet, Produkt sei dazu befugt (Bolgiano, Wetzell, v. Bayer). Erinnern wir uns aber der vorhin gefundenen Resultate, so werden wir gegen jene Ansicht mißtrauisch und können uns einer näheren Prüfung derselben nicht entziehen."

Muther unterscheidet nun folgende Fälle:

1) Produkt führt keinen Gegenbeweis, erklärt sich aber für die G. V. (S. 298 nr. 1). Eine solche Erklärung — sagt Muther — wäre absolut unzuläßig und ist sofort als unstatthaft zurückzuweisen, wenn nicht das Nöthige zur Ausführung des Gegenbeweises unternommen wird.

Allein das sage ich ja auch a. a. O. S. 50:

„Auf der anderen Seite kann die eventuelle G. V. doch nicht in allen Beziehungen als wahre G. V. behandelt werden. Denn der Delat muß hier den betreffenden Beweis innerhalb der ihm zu seiner Erklärung auf die Eidesdelation gegebenen Frist sofort antreten."

Vergl. auch v. Bayer 8te Aufl. S. 985.

Muther will jedoch diesen Beweis des Delaten in keiner Beziehung als G. V betrachtet und daher durchaus nicht als solche eingeführt wissen (S. 299, Abs. 3). Er sagt (S. 300

[33]) Unmittelbar vorher (S. 293—217) bespricht Muther den andern möglichen Fall, wenn der Richter das Instruktionsverfahren auf den principaliter angetretenen Beweis allein beschränkt und die Aufforderung des Delaten zur Erklärung über den Eidesantrag bis zu dem Zeitpunkt aufschiebt, in welchem er durch die Resultate des Prinzipalbeweises gewiß geworden ist, daß der Eid zu Hilfe genommen werden muß. Daß die G. V. in diesem Fall unzuläßig sei, weil sonst das Eventualprinzip verletzt würde, darin stimme ich mit Muther vollkommen überein (halte jedoch diese Entscheidung gerade auf seinem Standpunkt für inconsequent, da ihm die G. V nicht als Gegenbeweis, sondern als Versuch erscheint, ein Surrogat für den zu schwörenden Eid herzustellen). Vgl. auch v. Bayer S. 899. Allein bei Aufstellung meiner drei Sätze (s. oben I. a. A.) habe ich nicht diesen, sondern den andern Fall vorausgesetzt, von dem jetzt im Text oben die Rede ist. —

a. E.): „Das Unnatürliche der gegentheiligen Ansicht liegt auf platter Hand, und es sprechen dagegen die schon mehrfach angezogenen Gründe". Allein ich kann das schlechterdings nicht einsehen und am allerwenigsten auf dem Muther'schen Standpunkt zugeben. Die Erklärung für die G. V. ist ungeschickt, überflüssig (s. oben nr. 2 u. 3), ja selbst (nach Muther's Theorie) schädlich (weil Delat den Eid nicht mehr referiren kann), — aber deßhalb nicht unzulässig. Für welchen Fall und unter welcher Voraussetzung, wählt der Delat die G. V.? — Für den Fall und unter der Voraussetzung, daß dem Deferenten der Vorbeweis mißlingt, für den Fall also, daß auf den Schiedseid rekurrirt werden muß Wo liegt hier das Unnatürliche, das Ungewisse? — Etwa darin, daß der G. V.-Beweis sofort angetreten werden muß? Das kann ja auch bei der primären Eidesdelation geschehen (v. Bayer S. 976), bei der eventuellen fodert es aber das Eventualprinzip. Oder darin, daß sich die G. V., wenn dem Deferenten der Vorbeweis gelingt, von selbst in Gegenbeweis verwandelt (s. oben nr. 2)? — Allerdings kann dieser Fall eintreten; da aber auch der andere Fall möglich ist, daß der Vorbeweis mißlingt und also die G. V. des Delaten das bleibt oder wird, als was sie eingeführt wurde, so sehe ich nicht ein, warum die Erklärung des Delaten für die G. V. unjuristisch und unzulässig sein soll

Wenn Muther das Unnatürliche derselben aus den Resultaten des geführten Beweises folgern will (S. 299 lit. a—c und S. 300 lit. d), so geht er dabei von der Voraussetzung aus, daß Delat sich bloß für die G. V. erklärt, ohne seinen Beweis sofort anzutreten, eine Voraussetzung, die ich ja mit ihm für unzulässig und verwerflich halte. Wenn er daher für den Fall gänzlichen Mißlingens des Vorbeweises bemerkt (S. 200 lit. d):

> „Wollte man hier die G V. zulassen, so würde man dem Produkten gestatten, den früher verschmähten Gegenbeweis nachzubringen rc. rc rc."

so stimme ich diesem Argumente ebenfalls bei, sehe aber darin keinen Grund gegen meine Ansicht, wonach ja der G. V.-Beweis gleich mit der Erklärung verbunden werden muß.

Vergl. meine Abhandlung im Archiv Bd. 30 S. 50 flgd., besonders S. 55 ad 3.

Der praktische Unterschied zwischen meiner Auffassung und derjenigen Muther's zeigt sich aber in Folgendem. Wenn Delat die G. V. wählt und seinen Beweis sofort antritt, so hat er nach meiner Ansicht den Rekurs zum Schiedseid, sofern der Prinzipal-Beweis ohne positives Resultat bleibt. Nach Muther aber kann er diesen Rekurs nicht haben, denn die Wahl der G. V. ist zu verwerfen, der angetretene Beweis des Delaten erscheint bloß als Gegenbeweis und es ist daher die Sachfälligkeit des Delaten auszusprechen, da keine eventuelle Erklärung auf den Eid vorliegt. —

2) Muther unterscheidet weiter S. 301:

„Der Produkt führt Gegenbeweis, erklärt aber, daß er der eventuellen Eidesdelation gegenüber sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle, m. a. W.: er führt seinen Beweis in der doppelten Bedeutung eines Gegenbeweises und der G. V."

„Wenn man — sagt Muther — die Zuläſſigkeit solcher Erklärung statuiren wollte, so hieße das nichts Anderes, als: ich will das Meinige dazu thun, um den Fall, für welchen der Eid angetragen ist, nicht eintreten zu lassen[34]); sollte mir das aber nicht gelingen[35]), so will ich meinen mißrathenen Gegenbeweis[36]) als Surrogat für den Eid benützt wissen. Niemand wird leugnen, daß hierin ein unlösbarer Widerspruch liegt. Ich behaupte daher, daß auch in dem jetzt behandelten Fall die G. V. unzuläſſig sei."

Meines Erachtens ist diese Auffassung eine völlig verkehrte. Auch hat Muther das, was er sagen wollte, sehr dunkel und

---

[34]) d. h. ich will die Negative beweisen!

[35]) das heißt: wird mein Gegenbeweis zur Zerstörung des Hauptbeweises verwendet.

[36]) Das hat keinen Sinn! Den „mißrathenen Gegenbeweis" kann man doch nicht als G. V. benützen! Muther wollte sagen: „den zur Zerstörung des Vorbeweises verbrauchten Gegenbeweis". Allein auch das ist ein Absurdum, wie Muther selbst zugibt.

zweideutig, ja selbst unrichtig, ausgedrückt (s. Note 32—34). Führt der Delat seinen Beweis in der doppelten Eigenschaft eines Gegenbeweises und der G. B., so will er damit gewiß nicht sagen, was ja absurd wäre, was aber Muther meint, — daß er seinen bereits verbrauchten Gegenbeweis als Surrogat für den Eid benützt wissen wolle, sondern gerade umgekehrt, daß er seinen noch unverbrauchten Gegenbeweis als G. B. gebrauchen wolle.

Vergl. meine Abhandl. im Archiv a. a. O. S. 53.

Diese Auffassung führt dann auch zu ganz richtigen Resultaten, die Muther'sche zu völlig absurden Ergebnissen. Nach meiner Ansicht erscheint der Beweis des Delaten nur dann als G. B., wenn er zur Vernichtung des Vorbeweises nicht verbraucht wurde, d. h. wenn der Vorbeweis mißlungen war, oder durch einen Theil des Gegenbeweises vernichtet worden. (Im ersten Fall erscheint der ganze Gegenbeweis als G. B. im zweiten Fall der nach Zerstörung des Vorbeweises übrigbleibende Rest desselben). Sind aber Vorbeweis und Gegenbeweis gleichstark ausgefallen, heben sich also nach der communis opinio beide gegenseitig auf, so muß Delat den Schiedseid ableisten, denn sein Beweis wurde ja zur Vernichtung des Vorbeweises verwendet und kann daher nicht als G. B. wirken. Muther sagt aber:

„Es gibt keinen Fall, bei welchem das Absurde der G. B. bei eventueller Eidesdelation mehr hervorträte wie hier: der Produkt und Reproduzent würde seine Absolution immer dadurch erlangen können, daß sein Gegenbeweis, der schon zur Herstellung des Resultats, daß nichts bewiesen sei, verbraucht ist, nochmals in seiner andern Qualität als G. B. benützt würde."

Dieses absurde Resultat tritt aber nicht ein, wenn man meine Auffassung zu Grunde legt, es zeigt daher nur die Verwerflichkeit der Muther'schen Auffassung, rechtfertigt aber durchaus nicht seine Behauptung, daß im vorliegenden Fall die G. B. unzulässig sei. —

Wir kommen nun zum letzten der von Muther unterschiedenen Fälle, dessen Entscheidung gegen meinen oben aufgestellten Satz gerichtet ist, nämlich:

3) Der Produkt führt Gegenbeweis, ohne die Erklärung abzugeben, daß er sein Gewissen, dem eventuell deferirten Eid gegenüber, auch mit Beweis vertreten wolle.

Man sollte meinen (sagt Muther), es könne keinem Zweifel unterliegen, daß an G. V. hier gar nicht zu denken sei. Dieser Ansicht scheint auch Bayer zu sein, — während Busch versichert, Doktrin und Praxis haben den Satz sanktionirt, daß bei eventuell gebrauchtem Schiedseid der angetretene direkte Gegenbeweis als G. V. zu betrachten sei, und Bolgiano ausführt, daß sich der Delat, wenn er einen direkten Gegenbeweis antritt, gar nicht ausdrücklich für die G. V. zu erklären braucht, denn wenn der Vorbeweis mißlinge, so erscheine der Gegenbeweis von selbst als materielle G. V. Die Unmöglichkeit solcher Anschauung vom praktischen Standpunkt aus ergibt sich aber daraus, daß durch alle Erklärungen, welche Produkt (von der Wahl der G. V. abgesehen) hier abgeben kann, die G. V. nach dem Oben-Ausgeführten ausgeschlossen wird. Daß in dem Antritt des Gegenbeweises die stillschweigende Wahl der G. V. liege, wird sich nicht sagen lassen, da ja Produkt zu ausdrücklicher Erklärung aufgefordert ist. Wollte man aber eine solche stillschweigende Willenserklärung statuiren, so würde doch eben das zu sagen sein, was sub 2 ausgeführt wurde, also auch diese stillschweigende Willenserklärung als eine unwirksame sich darstellen."

Ich halte sie aber für wirksam und das mit guten Gründen, da ich die Ausführung Muther's sub nr. 2, welche gegen die Zulässigkeit eventueller Wahl der G. V. gerichtet ist, hinreichend widerlegt zu haben glaube. Ich behaupte auch, daß sich meine Anschauung vom praktischen Standpunkt aus ganz gut rechtfertigen lasse, was Muther für unmöglich hält. Wie die G. V. bisweilen als Gegenbeweis wirkt, wenn der Vorbeweis gelungen war (s. oben nr. 1), geradeso verwandelt sich der Gegenbeweis in materielle G. V., wenn der Vorbeweis mißlungen ist.

S. meine Abhandl. a. a. O. S. 56 §. 4.

Was ist eine materielle G. V.? — Ich denke, ein Beweis, welchen der Delat als Gegenbeweis, nicht als G. V. eingeführt hatte (und auch nicht als G. V. einzuführen brauchte), der aber doch insoferne wie eine wirkliche G. V. wirkt, als er den Delaten vom Schiedseid befreit, wenn er vollständig gelungen, die Auflage der Notheide (Suppletorium oder Purgatorium) zur Folge hat, wenn er unvollständig ausgefallen war[37]). Diese eigenthümlichen Wirkungen des unverbrauchten Gegenbeweises erkennt Muther selbst an. Ist nämlich derselbe:

a) vollständig ausgefallen, so entscheidet auch Muther definitive zu Gunsten des Delaten, nur — wie er sagt — aus einem anderen Grunde. Er bemerkt S. 302 lit c.:

„Für diese Entscheidung braucht man sich nicht mit Bolgiano darauf zu berufen, daß eine materielle G. V. in actis liege."

Und S. 299 (bei Besprechung eines verwandten Falles):

„Hier ist das streitige Faktum zu voller juristischer Gewißheit erhoben, es fehlt daher jedem weitern Beweisverfahren, somit auch der Eidesdelation an der nothwendigsten Voraussetzung, an einer ungewissen oder streitigen Thatsache. Es kann demnach nicht zum Eid kommen, und darf also auch von G. V. nicht die Rede sein."

Also berücksichtigt Muther den unverbrauchten Gegenbeweis des Delaten. Dieser Beweis ist somit die Ursache, daß es nicht zum Eid kommen kann, er hat folglich dieselbe Wirkung, wie die G. V., er befreit den Delaten vom Eid, er ist Surrogat des Eides. Ist aber das der Fall, warum soll man ihn dann nicht „materielle G. V." nennen? — Doch der Name thut ja nichts zur Sache, die Wirkung bleibt dieselbe, und zwar nicht bloß die Entscheidung (Definitivurtheil zu Gunsten des Delaten), sondern auch der Entscheidungsgrund. (Mu=

---

[37]) In allen andern Beziehungen ist aber die materielle G. V. von der wirklichen G. V. durchaus verschieden.

S. meine Abhandl. S. 62—84, —

und die XII. Abhandl. ad IV. B. nach nr. 5.

ther erkennt, wie ich, wegen des unverbrauchten Gegenbeweises für den Delaten).

Wenn nun aber

b) der unverbrauchte Gegenbeweis unvollständig ausgefallen ist, so erkenne ich auf einen Notheid (Suppletorium oder Purgatorium), also wieder geradeso, wie bei der wahren G. V.

Wie entscheiden aber Busch und Muther diesen Fall? — Da sie beide die Notheide — wenigstens das Purgatorium — bei der wahren G. V. mit der Natur der Sache für unverträglich halten und daher ausschließen, so sollte man erwarten, daß sie dasselbe bei der materiellen G. V. thun, daß sie also den unvollständigen Beweis des Delaten als gar nicht vorhanden betrachten und folglich auf den Schiedseid rekurriren, d. h. nach der hierüber abgegebenen eventuellen Erklärung erkennen. Und so entscheidet auch Busch, wenn die materielle G. V. weniger als halb ausgefallen ist.

Archiv Bd. 41 S. 262, 281 u. 287.

Auffallender und inkonsequenter Weise erkennt aber Muther auf einen Notheid, Suppletorium oder Purgatorium, je nach dem Resultat des unverbrauchten Gegenbeweises.

Für diese Entscheidung läßt sich meines Erachtens bloß das Argument vorbringen: „Der unverbrauchte Gegenbeweis ist ja keine eigentliche G. V. Wenn also bei der letzteren die Notheide unstatthaft sind, so sind sie es aus diesem Grunde nicht auch beim Gegenbeweis.“ — Auf der andern Seite sprechen aber fast alle die Gründe, welche Muther (S. 259 bis 261) gegen die Notheide bei der wahren G. V. vorgebracht hat, auch gegen die Auflage derselben bei der materiellen G. V. Widersinnig wäre es — sagt Muther dort — den angreifenden Theil, d. h. den Deferenten, sich reinigen, d. h. vertheidigen zu lassen. Das Purgatorium des Deferenten wäre ja der Wirkung nach ein Suppletorium, der Deferent hat aber nicht nur nichts bewiesen, sondern es ist sogar einigermaßen gegen ihn bewiesen worden. — Paßt etwa dieser Grund nicht auch auf unsere materielle G. V.?! — Ferner würde der Gewissens-Vertreter — sagt Muther durch das Erkenntniß auf's Pur-

ratorium viel ungünstiger gestellt, als wenn er gar nichts bewiesen hätte, er kann daher jedenfalls auf seinen weniger als halben Gegenbeweis verzichten. Auch dieser Grund trifft bei der materiellen G. V. zu, wenn Delat den eventuell deferirten Eid acceptirt hatte. Ja Delat kann auf diese um so leichter verzichten, da der betreffende Beweis gar nicht als G. V. eingeführt wurde, als Gegenbeweis aber wegen des mißlungenen Vorbeweises unnütz ist.[38]) —

Nach Muther's Theorie sollte daher über unsere materielle G. V. kein Notheid aufgelegt werden. Da nun aber Muther die Notheide dennoch für zuläßig hält, so frägt es sich: welche Gründe er für seine abnorme Ansicht vorbringt? Er sagt S. 305:

„Wenn der Beweis des Produzenten resultatlos geblieben, während Produkt unvollständig für sich bewiesen hat, so muß

---

[38]) Wären die Notheide bei der wahren G. V. deßhalb unstatthaft, weil der Rekurs zum Schiedseid verboten ist, enthielte also die G. V. eine wahre Rekusation, wie im bayer. Recht, G. O. c. 13. §. 13, nr. 9., dann stünde freilich, — wie ich gegen Seuffert's und Hellmuth's gegentheilige Ansicht nachgewiesen habe, — der Auflage der Notheide bei der materiellen G. V. kein Hinderniß im Wege, denn dann würde das im Text angedeutete Argument durchgreifen. Die materielle G. V. ist ja:

a) keine eigentliche G. V., der Delat hatte sie in seiner Erklärung auf die Eidesdelation gar nicht als G. V. eingeführt und konnte sie auch gar nicht als solche einführen, weil er den Eid acceptirt oder referirt hatte. Die materielle G. V. wurde ursprünglich als Gegenbeweis eingeführt, und erscheint erst am Ende des Beweisverfahrens durch Zufall, nicht durch die Willkühr des Delaten als G. V. Was daher von der wahren G. V. gilt, kann nicht auch von der materiellen gelten, die nur ein unverbrauchter Gegenbeweis ist. Und dann:

b) Würden die Notheide bei der materiellen G. V. unzuläßig sein, so müßte auch der Rekurs zum Schiedseid verboten sein. Dieser ist aber bekanntlich erlaubt, wenn der Delat eine eventuelle Erklärung abgegeben hatte, und also kann man auch die Auflage der Notheide zulassen, da diese ihrem Inhalt nach mit dem Schiedseid coincidiren. Vgl. meine Abhandlung im Archiv S. 62—67 und die Abhandlung XII. oben (ad IV. B. nach nr. 5), meine vergleichende Darstellung des bayer. und gemein. Prozesses S. 207 (lit. c.) — 209, und die vorliegende Abhandlung sub II oben §. 1 nr. 4.

nach dem Grundsatz der Commnnion der Beweismittel auf einen Notheid erkannt werden."

Muther beruft sich also auf die Gemeinschaft der Beweismittel und zwar nach der ausgedehnten Anwendung, wie ich dieselbe auffasse, wonach Produkt nicht nur ein Recht auf den Inhalt der gegnerischen Beweismittel hat, sondern auch ein jus quaesitum darauf, daß nach dem Resultat derselben auf einen Notheid erkannt werde.

Allein bei der wahren G. V. will doch Muther von der Gemeinschaft der Beweismittel nichts wissen, weil der daraus resultirende Notheid in seinem Sinn ein Absurdum ist, er sollte daher auch bei der materiellen G. V. davon Umgang nehmen, denn hier ist der Notheid, wie ich vorhin nachgewiesen habe, nicht minder anstößig und absurd! —

Im weitern Verlauf seiner gegen Busch gerichteten Ausführung bemerkt dann Muther S. 306 a. E.:

„Es steht fest, daß Produzent den Eid nur für den Fall deferirte, wenn der Beweis — und darunter ist das Resultat von Haupt- und Gegenbeweis zu verstehen — resultatlos bleiben würde. Dieser Fall ist aber noch nicht eingetreten, da der Gegenbeweis ein Resultat, wenn auch ein unvollständiges ergeben hat. (Und also ist der von Busch S. 282 vertheidigte Satz falsch, daß bei weniger als halbem Gegenbeweis — d. h. materieller G. V. — der Produkt verbunden sein soll, den deferirten Eid abzuleisten.) Wenn auch Doktrin und Praxis den Satz sanktionirt hätten, der angetretene Gegenbeweis gelte als G. V., so würden sie doch nimmermehr im Stande sein, dem Produzenten eine Eidesdelation aufzuoctroiren, die er nicht gewollt hat."

Allein auch diesem Argument kann ich nicht beipflichten. Produzent hat den Eid für den Fall deferirt, daß er nichts beweisen würde, resp. daß sein Beweis durch den Gegenbeweis vernichtet werden sollte, und gewiß nicht für den Fall, daß auch kein unverbrauchter Gegenbeweis sich ergeben würde. An diesen Fall hat Produzent sicher nicht gedacht, wenigstens steckt er nicht in seiner Erklärung der eventuellen Eidesdelation. Aber angenommen, der Produzent habe daran gedacht, ange-

nommen, die Eidesdelation wäre auch für diesen Fall geschehen so sprechen ja gegen die Auflage des Purgatorii (auf dem Muther'schen Standpunkt) immer die oben angeführten Gründe, und noch überdieß folgendes Raisonnement:

Wenn im Fall primärer Eidesdelation der Delat einen weniger als halben G. V.-Beweis führt, so ist dieser Beweis nach Muther = 0, und er muß den Schiedseid schwören ohne denselben referiren zu dürfen. Es kömmt also Deferent weder zum Purgatorium, noch zum jur. relatum. Wenn aber bei eventueller Eidesdelation Delat einen weniger als halben unverbrauchten Gegenbeweis für sich hat, so ist — sagt Muther — dem Deferenten der Eid zu geben, und zwar das Purgatorium, wenn Delat eine Viertelsprobe geliefert, außerdem der Schiedseid, soferne Delat denselben seiner Zeit referirt hatte. Bei gleicher Sachlage wird also ganz verschieden erkannt. Hierin liegt offenbar eine große Ungleichheit! — Und was ist die Folge hiervon? — Daß Deferent, wenn er gleich keine andern Beweismittel als den Eid hat, doch zur eventuellen Eidesdelation, also zu einem prozeßverschleppenden Mittel, inducirt wird, bloß aus dem Grunde, um vielleicht den Eid in die Hand zu bekommen, eine Aussicht, die ihm völlig versperrt ist, wenn er den Eid primär deferirt, Delat also seinen Gegenbeweis als G. V. einführt. — Schon um dieser möglichen, ja wahrscheinlichen Prozeßverschleppung vorzubeugen, müssen wir die materielle G. V. geradeso behandeln, wie die wirkliche, und daher das Purgatorium — wenn es bei der letztern ausgeschlossen ist, — auch bei der erstern nicht zulassen. Thun wir das aber und schließen wir also mit Busch den Reinigungseid bei der materiellen G. V. aus, so müssen wir doch:

1) die früher erfolgte Relation berücksichtigen, wenn wir sie gleich bei der wahren G. V. für unzuläßig halten. A. M. ist Busch S. 262. Mit Recht bemerkt aber Muther dagegen S. 306, die Wahl der Relation schließe immer G. V. aus, die ausdrückliche Relation sei aber jedenfalls der stillschweigenden Erklärung für die G. V. vorzuziehen. In diesem Falle kann also die materielle G. V. nicht wie die wirkliche behandelt werden. Sie war ja zur Zeit ihrer Einführung

ein Gegenbeweis und der Delat zur Acceptation oder Relation aufgefodert.

2) Aber auch darin scheint mir Busch zu irren, daß er den Delaten bei weniger als halb gelungener materieller G. B. zum Schiedseid läßt, ohne Unterschied, ob er denselben eventuell angenommen hatte, oder nicht. Hatte der Delat keine Erklärung auf den eventuell deferirten Eid abgegeben, so gilt derselbe für rekusirt, der Delat kann also in keinem Fall mehr darauf zurückkommen, auch dann nicht, wenn ein unverbrauchter Gegenbeweis, eine materielle G. B. in actis ist. Diese hat mit der wahren G. B. die Wirkung des Rückgriffs zum Eid so wenig gemeinsam, als die Unzulässigkeit der Relation. Zum Eid rekurriren, ohne gemachten Vorbehalt, kann bloß derjenige, welcher sich ausdrücklich für die G. B. erklärt hatte; unser Delat hat aber das nicht gethan, sondern gar keine Erklärung auf den Eid abgegeben, er kann folglich nicht mehr darauf zurückkommen, wenn sich auch inzwischen eine materielle G. B. für ihn herausgestellt hätte. —

Die Ergebnisse meiner letzten sub nr. 3 gemachten Ausführung sind demnach folgende:

a) bei der eventuellen Eidesdelation wirkt der unverbrauchte Gegenbeweis als materielle G. B. Es muß folglich:

b) Wenn er unvollständig ausgefallen, auf einen Notheid erkannt werden.

c) Muther aber, der bei der wahren G. B. die Notheide ausschließt, sollte sie auch bei der materiellen G. B. ausschließen, und ist daher im Irrthum, wenn er auf Suppletorium oder Purgatorium erkennt, anstatt auf den Schiedseid zu rekurriren.

d) Busch endlich, der bei der wahren G. B. und consequent auch bei der materiellen das Purgatorium ausschließt, irrt doch darin wieder, daß er

α) die eventuell geschehene Relation verwirft, und

β) dem Delaten sogar dann den Schiedseid auflegen will, wenn dieser keine Erklärung auf die eventuelle Eidesdelation abgegeben hatte. —

II.

Ich habe in der Gießner-Zeitschrift (in meiner Abhandlung über die eventuelle Eidesdelation)

Band 7 S. 303

unter Anderem den Satz aufgestellt, daß eine materielle G. V. auch dann anzunehmen sei, wenn Produzent gegen sich bewiesen, der Produkt aber gar keinen direkten Gegenbeweis angetreten hatte.

Auch v. Bayer in der

8ten Aufl. S. 981 II und 982 IV a. A.

hat diesen Satz anerkannt, und ich muß gestehen, daß mir über die Richtigkeit desselben niemals der leiseste Zweifel aufgestiegen ist.

Busch aber, der die materielle G. V. anerkennt, wenn sie vom Delaten ausgeht (a. a. O. S. 262 a. E.), hat gerade diesem Satz in seinem Aufsatz: „Gegen die herrschende Lehre im Gebiet der eventuellen Eidesdelation" im

Archiv Band 41 S. 253—272

die Ehre einer umständlichen Anfechtung erwiesen, während Muther den fraglichen Fall nur ganz kurz bei Besprechung der eventuellen Erklärung für die G. V. (S. 299 b. u. c.) berührt.[39])

Nach einer vorausgeschickten Einleitung über die Natur der eventuellen Eidesdelation und die Unzulässigkeit einer gleichzeitigen Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln, womit ich vollkommen einverstanden bin, stellt Busch S. 256 folgende Sätze auf:

Voraussetzung der eventuellen Eidesdelation ist das Nichtergeben eines positiven Beweisresultats. Daher verliert der eventuelle Eid seine Wirksamkeit:

---

[39]) Die Besprechung und Beurtheilung der Muther'schen Ansicht, welche von der Busch'schen, wie von der meinigen, abweicht, verspare ich mir auf zuletzt. Siehe unten S. 383. Von der Busch'schen Abhandlung sagt übrigens Muther S. 292:

„Die Frage: hat die G. V. bei der eventuellen Eidesdelation eine Stelle und welche? hat vor Allen Busch durch eine klare und gründliche Beantwortung wesentlich gefördert."

1. Wenn der Produzent vollständig für oder gegen sich bewiesen hat.
2. Wenn er unvollständig für sich bewiesen hat, wo dann ein Nothеid eintritt. Endlich aber auch:
3. Wenn er unvollständig gegen sich bewiesen hat, und zwar aus dem Grunde, weil der Richter, wenn er dessenungeachtet auf Ableistung des Eides erkennen wollte, die verbotene Cumulation selbst vornehmen, d. h. anordnen würde, es solle über eine Thatsache der Schiedseid geschworen werden, über welche schon andere Beweise vorliegen.

Allen diesen Sätzen, insbesondere auch dem letzten und seinen Motiven, pflichte ich vollkommen bei, habe jedoch das daran auszusetzen, daß Busch beim dritten Fall bloß sagt, was nicht geschehen dürfe, dagegen die Antwort auf die Frage schuldig bleibt, wie denn dann zu entscheiden sei. Erst aus der folgenden Ausführung geht allmählig hervor, daß Busch im fraglichen dritten Fall nicht, wie im zweiten, auf einen Notheid, nicht, wie man erwarten sollte, auf Suppletorium oder Purgatorium, sondern definitive zu Gunsten des Delaten erkannt haben will. Auffälligerweise spricht aber Busch diesen Satz explicite erst S. 266 u. S. 276 (in der Note zu §. 8), sowie am Schluß seiner Abhandlung S. 286 IV aus.

Nach einer längern Ausführung und Begründung der Grundmaxime, daß die Eidesdelation dann unstatthaft sei, wenn über dieselbe Thatsache schon andere Beweismittel vorliegen (cap. 2 X de probat.) S. 257—265, in welcher Ausführung der obige Satz nur implicite angedeutet wird (nämlich S. 257, 259, 262 und 263), geht Busch (S. 266) zur Widerlegung meiner Ansicht über, daß eine materielle G. B. auch dann anzunehmen sei, wenn Deferent **gegen** sich bewiesen, Delat aber gar keinen Gegenbeweis angetreten hatte, — und daß also auf einen Notheid zu erkennen sei, wenn jener Beweis unvollständig ausgefallen. Busch sagt S. 276 wörtlich:

„Will man zu diesem Resultat kommen, so muß man so argumentiren: die Beweismittel werden durch die Produktion gemeinschaftlich, folglich muß angenommen werden, Beklagter habe einen direkten Gegenbeweis angetreten, auch wenn er es nicht gethan hat rc. rc. rc. In solchem Umfang ist aber das Axiom von der Gemeinschaft der Beweismittel nicht aufzufassen, und ich muß mich der von den meisten Prozessualisten (besonders von Linde und Schmid) vertheidigten Ansicht anschließen, daß man sich der vom Gegner produzirten Beweismittel nur bedienen dürfe, wenn man sich in der Lage erhalten hat, wirksam Beweismittel zu benützen, daß man also nicht durch Verzicht oder Versäumniß das Recht überhaupt, noch Beweis zu führen, verloren hat Die entgegengesetzte Ansicht verstößt auch wider die Verhandlungsmaxime, wonach einer Partei eine G. V., resp. ein Gegenbeweis, niemals aufgenöthigt werden kann. — Die eventuelle Eidesdelation ist übrigens in dem Fall, wo die Beweismittel des Produzenten das Gegentheil seines Beweissatzes unvollständig darthun, nicht deßhalb unstatthaft, weil ein unvollständiger direkter Gegenbeweis gegen ihn vorliegt, sondern weil eine zulässige Cumulation des Eides mit dem positiven Ergebniß anderer Beweismittel eintreten würde. Diese Beweismittel nützen dem Produkten nicht als eigentliche Gegenbeweismittel, sondern lediglich deßhalb', weil der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat, und dabei zur Ueberzeugung kommen muß, daß eine unzulässige Cumulation vorliege. — — — Abgesehen hiervon muß der Delat, der von der G. V. Gebrauch machen will, dieses erklären, darüber sind alle Prozessualisten einverstanden. Der Produkt also, der sich weder zur G. V. erklärt, noch einen direkten Gegenbeweis antritt, kann nicht so angesehen werden, als habe er das Eine oder das Andere gethan; denn das wäre eine Fiktion, für die es an jedem Grunde fehlte. — Soviel steht also fest: Hat der Produkt keinen Gegenbeweis angetreten, so kann von einer s. g. materiellen G. V. keine Rede sein."

Gegen diese Ausführung und zur Aufrechthaltung meiner Meinung erlaube ich mir Folgendes zu bemerken:

I. Vor Allem halte ich an meiner Ansicht über die ausgedehnte Anwendung des Prinzips der Gemeinschaftlichkeit fest, denn hierauf gründet sich, wie Busch richtig bemerkt, mein Satz über die materielle G. V. Busch behauptet, jene Ansicht verstoße gegen das Verhandlungsprinzip, und beruft sich für die entgegengesetzte Meinung auf die Schriftsteller v. Linde und Schmid. Mit demselben Recht kann ich mich aber für meine Ansicht auf die Autorität jener Rechtslehrer berufen, welche als Reformatoren in der Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel aufgetreten sind, nämlich auf

Hesse im Archiv Band 23 S. 7, und
Knorr in dieser Zeitschrift Band 17 S. 115.

Doch lassen wir die Autoritäten, und hören wir die Gründe für die hier vertretene Ansicht.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Gemeinschaft der Beweismittel auch dann wirkt, wenn diejenige Partei, welche davon profitiren will, ihrerseits gar keinen Beweis angetreten, oder mit dem angetretenen durchgefallen ist. Denn:

a) die Gemeinschaft der Beweismittel bildet ja eine Ausnahme von der Regel bezüglich der Beweis- und Gegenbeweisfrist, ohngefähr so, wie dies bei der Adhäsion in Bezug auf die Berufungsfrist der Fall ist. Die peremtorische Natur der Beweis- oder Gegenbeweisfrist wird aber bei Annahme der gegentheiligen Ansicht geradeso verletzt, als bei der hier vertheidigten laxen Meinung. Wurden bloß einzelne Beweismittel nicht benützt, so gelten sie als präkludirt. Die Präklusion wird aber (was die Gegner zugestehen) dadurch verhindert, daß der Gegner diese Beweismittel auf die Bahn gebracht hat, dieselben also gemeinschaftlich werden. Warum soll nun, wenn die Beweisfrist gänzlich versäumt, der Beweis also desert geworden ist, die Desertion des Beweises nicht ebenfalls dadurch abgewendet werden können, daß der Gegner für den Säumigen Beweis angetreten?! — Wenn die Gemeinschaft der Beweismittel die Folgen der Präklusion aufhebt, warum soll sie dann nicht auch die Folgen der Desertion aufheben?!

vgl. Hesse a. a. O. S. 20

Dazu kommt aber noch ein anderer stärkerer Grund nämlich:

b) Der direkte Gegenbeweis, er mag nun durch den Reprobanten oder durch den Probanten ad acta kommen, afficirt immer den Hauptbeweis selbst, erscheint somit als integrirender Theil des letztern, und kann davon schlechterdings nicht getrennt werden.

Vgl. v. Linde, Lehrbuch §. 236.

Der Richter muß ihn daher berücksichtigen, und es kann folglich gar nichts darauf ankommen, ob der Produkt seinerseits einen Gegenbeweis angetreten hatte, und ob dieser Gegenbeweis als zulässig und wirksam erscheint.

Vgl. Hesse und Knorr a. a. O.

Meine vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und bayerischen Civilprozesses S. 146.

Meinen Aufsatz: „Zur Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel" in v. Linde's Zeitschrift Bd. 17 S. 1—3.

Die Abhandlung XI. oben S. 1 und die flgd.

Busch selbst erkennt am Schluß seiner Ausführung diesen Grund an, denn er sagt:

„Die Beweismittel des Produzenten, welche für den Produkten probiren, nützen dem letztern nicht als eigentliche Gegenbeweismittel, sondern lediglich deßhalb, weil der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat."

Also gibt Busch selbst zu, daß der Beweis des Produzenten dem Produkten nütze; ist aber das der Fall, nützt des Klägers Beweis dem Beklagten, gleichviel, in welcher Eigenschaft, gleichviel aus welchem Grunde, so ist ja auch die Gemeinschaftlichkeit desselben zugestanden! —

Ich glaube somit den ersten Theil der Busch'schen Argumentation widerlegt zu haben, wonach die Gemeinschaft der Beweismittel eine Beweisantretung desjenigen voraussetzt, der davon profitiren will. —

II. Sollte aber die Ansicht von Busch über die beschränkte Anwendung der Gemeinschaft richtig sein, sollte es wahr sein, daß dem Delaten kein Gegenbeweis, keine G. V. aufgenöthigt werden kann, so darf ja der Beweis, welchen der Deferent gegen sich geführt hat, gar nicht als vorhan-

den betrachtet, folglich auch nicht berücksichtigt werden. Der Deferent kann davon keinen Nutzen ziehen, weil ja der Beweis gegen ihn ausgefallen, und der Delat darf davon keinen Gebrauch machen, weil er keinen Gegenbeweis angetreten. Es muß folglich auf den Schiedseid rekurrirt und nach der hierüber abgegebenen Erklärung erkannt werden. Wie erkennt aber Busch? — Busch erklärt die eventuelle Eidesdelation für unstatthaft und spricht definitive zu Gunsten des Delaten. Er berücksichtigt also doch den vom Deferenten gelieferten Beweis und berücksichtigt ihn sogar über seinen Werth! Daß Busch hierdurch in Widerspruch mit seinen Vordersätzen über die Gemeinschaft der Beweismittel geräth, daß er sich also einer großen Inconsequenz schuldig macht, liegt auf der Hand; denn jener Beweis kann nach seinen Eingangssätzen nicht in Betracht kommen (weil Produkt keinen Gegenbeweis angetreten), und er beachtet ihn doch! — Busch scheint das selbst zu fühlen, denn er sagt S. 264:

„In dem Falle, wo ein direkter Gegenbeweis nicht angetreten ist, entsteht aber noch die Frage, ob man dann überhaupt sagen könne: der Produzent habe gegen sich, oder ob man nur sagen dürfe, er habe bloß sein thema probandum nicht erwiesen? — Denn eine Benützung der vom Produzenten beigebrachten Beweise steht dem Produkten nur dann zu, wenn er einen Gegenbeweis angetreten hat. Man könnte mir also einwenden, daß, wenn dieses nicht geschehen sei, auch nicht angenommen werden dürfe, der Probant habe gegen sich bewiesen, sondern nur, er habe nichts bewiesen, so daß also die Bedingung der Wirksamkeit eventueller Eidesdelation — Nichtdasein positiver Beweise für das Gegentheil — immer vorhanden sei."

Wie widerlegt Busch diesen nur zu richtigen Einwurf? — Wie mir däucht mit wenig Glück. Er sagt (S. 264):

„Der obige Schluß beweist zu viel und darum nichts; denn allgemein nimmt man an, es komme nicht zum eventuellen Eid, wenn der Probant das Contrarium seines Beweissatzes voll-

ständig dargethan hat. Gilt aber das Beweisen gegen sich selbst beim vollständigen Beweis, so muß man es auch statuiren beim unvollständigen."

Also weil man allgemein annimmt, daß jener Beweis zu berücksichtigen sei, so berücksichtigt ihn Busch auch, und zwar in Widerspruch mit seinen Vordersätzen! — Ist das wohl kein Grund, der sich im Ernst aufstellen läßt?

Ferner — sagt Busch —: „Der Inhalt einer Zeugenaussage läßt sich so wenig trennen, als der einer Urkunde, und man kann das Material derselben, aus dem das Contrarium des Beweissatzes hervorgeht, nicht ignoriren." („Der Richter hat den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen". S. 208.)

Mit diesem Satz hebt aber Busch seine ganze vorausgehende Argumentation auf. Denn dieser Satz ist ja der Hauptgrund, weßhalb die Gemeinschaft auch dann wirken muß, wenn derjenige, welcher davon profitiren will, selbst keinen Beweis angetreten hat! (S. oben I. a. E.)

III. Busch berücksichtigt also inconsequenterweise den zu Gunsten des Delaten gelieferten Beweis des Deferenten, er mag vollständig oder unvollständig ausgefallen sein, aber nicht als direkten Gegenbeweis, nicht als materielle G. V., weil die Voraussetzungen der Gemeinschaft fehlen, weil man dem Delaten keine G. V. aufdringen kann (s. oben S. 216 a. E. und S. 217).

Allein wenn man jenen Beweis berücksichtigt, so muß man ihn nothwendig als Gegenbeweis, nothwendig als materielle G. V., d. h. so ansehen, als wenn ihn der Delat selbst geliefert hätte In welch' and'rer Eigenschaft sollte er denn sonst berücksichtigt werden? — Ein Beweis kann nur nach seinem Ergebniß gewürdigt werden; da nun dieses zu Gunsten des Delaten ausgefallen, so kann er nur zu Gunsten des Delaten beachtet werden. Das Verhältniß ist also dann dasselbe, als wenn der Delat jenen Beweis geliefert hätte. Ist aber letzteres richtig, dann erscheint jener Beweis als materielle G. V., quod erat demonstrandum. Ist er daher:

a) Vollständig gelungen, so muß definitive zu Gunsten des Delaten gesprochen werden; und ebenso erkennt auch Busch (S. 266), nur aus einem andern Motiv, nämlich nach dem Satze: »actore non probante reus absolvitur.« Ist aber jener Beweis:

b) Unvollständig ausgefallen, so muß auf einen Notheid erkannt werden.

Busch will auch hier definitive zu Gunsten des Delaten sprechen (S. 266, 270 u. 276 in der Note zu §. 8) und zwar nach dem Satz: »actore non probante reus absolvitur«. Es wäre aber dann kein Unterschied zwischen vollkommenem und unvollkommenem Beweis und würden hiedurch die Rechte des Beweisführers, der nur unvollständig für den Delaten bewiesen, auf's Empfindlichste verletzt. Jener hatte für den Fall, daß sein Beweis mißlingen sollte, den Eid deferirt. Dieser Fall ist eingetreten, Produzent hat nichts für sich bewiesen; aber auf den Eid kann nicht erkannt werden, weil Produzent gegen sich bewiesen hat und dieser Beweis dem Produkten zu Gute kömmt. Da aber ersterer unvollständig ausgefallen, so kann er den Schiedseid unmöglich ersetzen und muß daher durch Ableistung des Suppletorii oder Verweigerung des Purgatorii ergänzt werden. Deferent hat daher ein wohlbegründetes Recht darauf, daß ein Notheid aufgelegt und nicht sofort definitive gegen ihn erkannt werde. — Warum erkennt nun aber Busch auch bei unvollständig ausgefallenem Beweise definitive zu Gunsten des Delaten, und zwar nach der Regel »actore non probante reus absolvitur?« Aus keinem andern Grund, als weil er die Eideszuschiebung für unstatthaft hält, wenn Deferent gegen sich bewiesen hatte. Busch sagt (S. 267 a. E.), daß der Beweis des Deferenten nicht auf den Delaten transferirt werden dürfe, daß er also nicht als G. B. wirken könne, weil die Voraussetzungen, unter welchen die Gemeinschaft der Beweismittel eintritt, fehlen, daß er aber in der Hand des Deferenten die eventuelle Eidesdelation unwirksam machen müsse, weil die gleichzeitige Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln verboten sei (S. 257, 259, 261, 262—265, 268, 270). Er drückt dieß S. 270 noch

bestimmter dahin aus: „Es würde eine verbotene Cumulation des Schiedseides mit den eigenen Beweismitteln des Produzenten verwirklicht werden, ja sogar, im Falle der Relation, eine Collision des Eides mit andern Beweismitteln eintreten (S. 257), wenn nun noch auf den Eid erkannt würde. Die eventuelle Eidesdelation stellt sich also (?) als unstatthaft dar.[39]"

Ebendeßhalb geht aber Busch noch einen Schritt weiter, denn er lehrt S. 269—271:

„Auch wenn der Produkt einen Gegenbeweis angetreten, ändert sich an dem Satze nichts, daß, wenn Produzent durch seine Beweismittel gegen sich bewiesen, die eventuelle Eidesdelation nicht mehr zu berücksichtigen ist. Denn dadurch daß des Produzenten Beweismittel gemeinschaftlich werden, und der Produkt sie nun auch zu seinen Gunsten benutzen kann, folgt nicht, daß er dieses auch thun müsse, und ebensowenig, daß durch den Eintritt dieser Gemeinschaftlichkeit das Verbot der Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln beseitigt werde."

Allein von einer Cumulation oder Collision des Schiedseides mit andern Beweismitteln ist ja auch nach der von mir vertretenen Ansicht keine Rede. Eine solche Cumulation wäre nur dann vorhanden, wenn man dem Delaten, ungeachtet des für ihn gelieferten Beweises, den eventuell acceptirten Schiedseid auflegen wollte, — eine solche Collision nur dann gegeben, wenn man dem Deferenten, ungeachtet des gegen ihn erbrachten Beweises, den eventuell referirten Schiedseid zuerkennen würde. Ich will ja aber nicht auf Ableistung des Schiedseides, sondern eines Notheides erkannt haben, rekurrire also nicht auf den eventuellen Eid, cumulire folglich nicht den

[39]) Busch argumentirt in folgender Weise: Da weder der Deferent einen Hauptbeweis, noch der Delat einen Gegenbeweis (eine materielle G. B.) geliefert, so sollte auf den Eid rekurrirt und nach der hierüber abgegebenen Erklärung erkannt werden. Dieß ist aber aus dem Grunde nicht möglich, weil Deferent gegen sich bewiesen, die Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln aber verboten ist. Es muß daher die Eidesdelation gestrichen und nach dem Satze »actore non probante reus absolvitur« definitive zu Gunsten des Delaten erkannt werden.

Schiedseid mit andern Beweismitteln[40]). Daß die verbotene Cumulation bloß in der Auflage und Ableistung des Schiedseides bestehe, spricht Busch selbst aus S 263:

„Aber nur auf den Gebrauch des Schiedseides bezieht sich das Verbot der Häufung des Eides mit andern Beweismitteln, nicht auf die Eide, die der Richter auferlegt, denn der Inhalt des Reinigungseides wird stets mit andern Beweismitteln collidiren. cap. ult. X. de jurejur."

Und in der Einleitung S. 255:

„Der Kern der Satzung über die Unzulässigkeit der Cumulation geht dahin, es solle nicht über einen Punkt ein deferirter Eid geschworen werden. über den schon andere Beweismittel sich positiv ausgesprochen haben, sei es für oder gegen den Produzenten." (Ebenso S. 264, Satz 3.)

Und S. 256 a. E.:

„Wollte der Richter dessenungeachtet auf Ableistung des Eides erkennen, so würde er die verbotene Cumulation, selbst vornehmen."

Ein deferirter Eid darf also nicht aufgelegt werden, wohl aber ein nothwendiger Eid! — Und: geschworen darf der deferirte Eid nicht werden, auf Ableistung desselben darf nicht erkannt werden, aber durch ein Surrogat, durch Beweis, also durch materielle G. V., kann er allerdings ersetzt werden. — Warum erklärt sich nun aber Busch gegen die Annahme einer materiellen G. V. und

---

[40]) Nach der Busch'schen Ansicht von der Gemeinschaft der Beweismittel liegt eigentlich gar kein Beweis zu Gunsten des Delaten vor (s. oben II.), und also auch keine Cumulation anderer Beweismittel mit dem Eid, wenn man auf Ableistung des letztern erkennt, was man folgerichtig thun muß, was jedoch Busch nicht thut.

Nach meiner Auffassung aber, wonach ein solcher Beweis zu Gunsten des Delaten allerdings vorhanden ist, wird nicht auf Ableistung des Schiedseides, sondern eines Notheides erkannt, es liegt somit keine Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln vor, — ja es ist nicht einmal eine Cumulation der Eidesdelation mit andern Beweismitteln vorhanden, da der vom Deferenten gelieferte Beweis so angesehen wird, als habe ihn der Delat geliefert, d. h. als Gegenbeweis, als materielle G. V.

also gegen die Auflage eines Notheides? Warum erkennt er nach dem Satze. »actore non probante reus absolvitur«? — Weil er die ganze Eideszuschiebung für unstatthaft hält, und weil es unter dieser Voraussetzung auch keiner G. V. bedarf. Er sagt S. 270:

„Denn wenn und wo die Eidesdelation unzulässig ist, da bedarf es einer G. V. nicht, ja es ist eine solche juridisch undenkbar, da der Delat zu schwören gar nicht schuldig ist.“

Allein so richtig dieser Satz in abstracto ist, so falsch ist seine Anwendung in concreto! — Warum ist nach Busch die Eideszuschiebung unstatthaft, warum wird nicht auf den Eid rekurrirt? — Weil Deferent gegen sich bewiesen, weil das Nichtergeben eines positiven Beweisresultats Voraussetzung der eventuellen Eidesdelation ist (Busch S. 256). Gerade jener Beweis ist also der Grund, weßhalb nicht auf den Eid erkannt werden darf. Ergo wirkt jener Beweis, wie eine G. V., ergo ist er eine materielle G. V. Und also hat Busch Unrecht, wenn er nach dem Satze: »actore non probante reus absolvitur« zu Gunsten des Delaten spricht und bei unvollständigem Beweis des Deferenten keinen Notheid auflegt. — Zum selben Resultat gelangen wir auf folgendem Wege:

Warum erkennt Busch definitive? — Weil die Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln verboten ist (S. 268, 270). Warum ist aber die Cumulation verboten? Im Fall der Relation, um mögliche Verwicklungen, Widersprüche und Collisionen zwischen dem zu Beschwörenden und bereits Bewiesenen zu vermeiden.“ (Busch S. 238.) Im Fall der Acceptation aber, weil es nicht angeht, den Schiedseid über eine Thatsache zu verlangen, die bereits erwiesen ist cap. 2. X. de probat. (Busch S. 260, 261 a. E.).

Wenn nun Busch wegen des Verbots der Cumulation das Erkenntniß auf den Eid verwirft und definitive spricht, so thut er dieß offenbar wegen des für den Delaten gelieferten Beweises, er thut es, um Collisionen zwischen diesem und dem Schiedseid vorzubeugen. Er berücksichtigt folglich, ohne es selbst zu wissen, jenen Beweis als materielle G. V.„ und muß daher wegen jenes Beweises und nicht nach der Regel

»actore non probante reus absolvitur« definitive sprechen, und also, wenn jener Beweis unvollständig ausgefallen, auf einen Notheid erkennen! —

Ist aber das der Fall, so hat Busch auch darin Unrecht, daß er (S. 256, 270 2c.) die eventuelle Eidesdelation unwirksam und unstatthaft nennt. Unwirksam, d. h. so gut als nicht vorhanden, wäre sie nur dann, wenn Deferent für sich bewiesen hätte, sei es vollständig oder unvollständig. Hat er aber in der einen oder andern Weise gegen sich bewiesen, so erscheint ja sein Beweis, da der eventuelle Eid im Hintergrund steht, als materielle G. B., und muß auf den Grund desselben für den Delaten erkannt werden. Die eventuelle Eideszuschiebung ist daher nur in dem Sinn unwirksam, daß nicht auf den Eid rekurrirt und nach der hierüber abgegebenen Erklärung erkannt werden darf, äußert aber insoferne allerdings eine Wirksamkeit, als sie die Ursache ist, daß definitive oder auf einen Notheid gesprochen wird. Denn wäre sie unwirksam und unstatthaft, so müßte ja, wie Busch will, nach der Regel: »actore non probante reus absolvitur« erkannt und dürfte niemals auf einen Notheid gesprochen werden. —

IV. Schließlich frägt es sich noch, ob der Produkt, wenn er einen Gegenbeweis angetreten hatte, schuldig sei, sich den Beweis des Deferenten auf jenen Gegenbeweis einrechnen zu lassen? — Busch verneint diese Frage (s. oben S. 223), denn er sagt S. 270:

„Der Eintritt der Gemeinschaftlichkeit beseitigt nicht das Verbot der Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln. Dieses würde nur dann anzunehmen sein, wenn die Beweismittel durch die Produktion aufhörten, Beweismittel des Produzenten zu sein, was nicht der Fall ist 2c. 2c."

Daß es aber doch der Fall ist, daß der Beweis, welchen der Deferent zu Gunsten des Delaten geführt hat, so angesehen werden müsse, als habe ihn der Delat geliefert, daß also unter dieser Voraussetzung die Beweismittel des Deferenten durch die Produktion aufhören, Beweismittel des Produzenten zu sein, —

das habe ich in meiner vorausgehenden Argumentation (III oben) nachgewiesen. —

Die Hauptpunkte der Busch'schen Theorie, welche ich hiermit nach allen Seiten widerlegt zu haben glaube, sind übersichtlich folgende:

A) Der Beweis, welchen Deferent gegen sich geliefert, kann vom Delaten nicht benützt werden, wenn letzterer keinen Gegenbeweis angetreten.

B) Er darf auch dem Delaten nicht aufgedrängt werden, selbst dann nicht, wenn dieser einen Gegenbeweis angetreten hatte.

C) Dennoch aber muß dieser Beweis berücksichtigt werden, da der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat.

D) Ebendeßhalb ist aber die Eidesdelation unstatthaft, weil ja eine gleichzeitige und also verbotene Cumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln eintreten würde.

Es kann also auch:

E) Von der materiellen G. V. keine Rede sein; vielmehr ist:

F) Definitive zu Gunsten des Delaten zu sprechen, der Beweis des Deferenten mag vollständig oder unvollständig ausgefallen sein. —

Ich glaube dagegen nachgewiesen zu haben:

I) Daß der Beweis des Deferenten auch dann gemeinschaftlich werde, und also vom Delaten benützt werden dürfe, wenn dieser die Reprobatorialfrist versäumt hatte.

II) Daß jener Beweis vom Richter berücksichtigt werden müsse, wenn auch Delat, der davon profitiren könnte, dagegen protestiren würde, — daß er also unter allen Umständen als materielle G. V. erscheine. Daß er dagegen:

III) Als nicht vorhanden betrachtet werden müsse, wenn er, wie Busch annimmt, nicht gemeinschaftlich wird, d. h. wenn ihn Delat nicht benützen darf (s. oben A), oder nicht benützen will (s. oben B). Daß daher:

IV) In keinem Fall eine gleichzeitige Cumulation des

Eides mit andern Beweismitteln vorliege wenn Deferent gegen sich bewiesen, dieser Beweis mag als nicht vorhanden, oder als materielle G. V. angesehen werden. Daß aber:

V) Da die letztere Ansicht die richtige ist (wie ich oben dargethan habe), auf einen Notheid erkannt werden müsse, wenn jener Beweis des Deferenten unvollständig ausgefallen war.

VI) Definitive zu Gunsten des Delaten aber nur dann, wenn fraglicher Beweis vollständig gelungen war. —

Wie spricht sich nun aber Muther über die vorliegende Frage aus, d. h. über die Wirksamkeit eventueller Eidesdelation wenn Deferent gegen sich bewiesen hatte? — Muther unterscheidet:

a) Hat Deferent unvollständig gegen sich bewiesen, so ist auf den Schiedseid zu rekurriren. Muther sagt nämlich: S. 299 lit. c.:

„Ich bin der Meinung, daß, da kein Gegenbeweis unternommen ist, von einer Communion der Beweismittel nicht die Rede sein, folglich der unvollständige Beweis dem Produkten nicht zu Gut kommen könne[41]). Das fragliche Faktum bleibt ungewiß und streitig, es möchte daher nichts übrig bleiben, als diesen Fall ebenso zu beurtheilen, wie den, wo der Beweis des Probanten gänzlich resultatlos bleibt. Für diese Eventualität ist aber der Eid deferirt."

Muther beachtet also den unvollständigen Beweis des Deferenten gar nicht und rekurrirt folglich auf den Schiedseid, während Busch definitive zu Gunsten des Delaten entscheidet, ich dagegen auf einen Notheid erkannt haben will. Eine Widerlegung der Busch'schen Ansicht hat Muther nicht unternommen.

Da Muther die Communion der Beweismittel im vorwürfigen Fall mit Busch verwirft und auf dessen Ausführung im Archiv S. 266 folg. verweist, so ist es consequent, daß er

---

[41]) Bis hierher stimmt Muther mit Busch überein. Meine Widerlegung s. oben I. S. 373 folg.

den unvollständigen Beweis des Deferenten nicht beachtet und also auf den Eid rekurrirt, auffallend jedoch, daß er die conträre Entscheidung von Busch nicht widerlegt, ja nicht einmal anführt.

Auf der andern Seite macht sich aber auch Muther einer Inconsequenz schuldig, denn er berücksichtigt jenen Beweis, wenn er ein stärkeres Resultat geliefert, er erkennt nämlich:

b) Wenn Deferent vollständig gegen sich bewiesen, definitive zu Gunsten des Delaten, und verwahrt sich bloß gegen die Annahme, daß er wegen des Prinzips der Gemeinschaftlichkeit so erkennne. Er motivirt das S. 299 lit. b. in folgender Weise:

„Hier ist das streitige Factum zur vollen juristischen Gewißheit erhoben, es fehlt daher jedem weiteren Beweisverfahren, somit auch der Eidesdelation, an der nothwendigsten Voraussetzung einer streitigen Thatsache; denn derjenige, welcher das Gegentheil seiner Position selbst dargethan hat, wird, ohne sich dem dringenden Verdacht der Chikane auszusetzen, nun nicht bei seiner Position stehen bleiben können. Da es aber so nicht zum Eid kommen kann, darf auch von G. V. nicht die Rede sein. Vergl. Bolgiano in Linde's Zeischrift Bd. 7 S 303, der aber unrichtig auf Gemeinschaft der Beweismittel rekurrirt."

Muther's Argumentation scheint mir auf einem zweifachen Irrthum zu beruhen, denn wenn:

a) Der unvollständige Beweis des Deferenten nicht berücksichtigt werden darf, weil es an den Voraussetzungen der Gemeinschaft fehlt, so muß folgerichtig auch der vollständige Beweis als nicht vorhanden betrachtet werden.

b) Wird aber der vollständige Beweis berücksichtigt und wegen desselben definitive zu Gunsten des Delaten erkannt, so ist derselbe gemeinschaftlich geworden, wirkt daher als materielle G. V., — und es muß dann auch der unvollständige Beweis des Deferenten berücksichtigt und daher auf einen Notheid erkannt werden. — Es ergibt sich das schon per analo-

giam aus der Entscheidung des umgekehrten Falls, da der Delat und Gewissensvertreter zu Gunsten des Deferenten beweist.

S. oben A. III und IV.

XIV. Abhandlung.

Von der Collision der Beweise.

Vergleiche meine Abhandlung in Linde's Zeitschrift Bd. 7 S. 305 flgd. und Bd. 8 S. 361 flgd., dann Bd. 13 S. 206 flgd. und Bd. 14 S. 37 flgd., endlich Bd. 21 S. 1—36.

Meine vergleichende Darstellung 2c. 2c. S. 232 flgd.

Ich kann nicht verhehlen, daß ich meine Ansichten über die Entscheidung des Collisionsfalls im Laufe der Zeiten wiederholt geändert habe, wie der Inhalt obiger Aufsätze zur Genüge ausweist. Zur Entschuldigung mag mir der Umstand dienen, daß ich in dieser Lehre neue Wege betreten habe, deren Endziele mir erst allmählich zum Verständniß kamen.

Zwei Fragen sind es, die meines Erachtens bei der Collision der Beweise allein von Bedeutung erscheinen; einmal:

I. Die Herstellung der beiden Beweisresultate in ihrem Verhältniß zu einander. Besonders aber:

II. Die Ausmittlung des zur Entscheidung des Collisionsfalls dienenden Prinzips.

Bei Besprechung der letztern, wohl der Hauptfrage, werde ich vorerst von der Natur und rationellen Begründung des Subtraktions- und Bevorzugungsprinzips sprechen, sodann auf die verschiedenen Resultate ihrer Anwendung, namentlich im Fall der eventuellen Eidesdelation übergehen, und zuletzt die Hauptfrage beantworten, welches von beiden Prinzipien sich positive begründen läßt und welches daher den Vorzug verdient, ob die Subtraktions- oder die Bevorzugungsmaxime*). Es soll hiebei

*) Anmerkung: Die Urtheile der neueren Rechtslehrer über unsern Gegenstand sind verschieden. Während Langenbeck (in seiner Beweisführ-

mit dem Haupt- und Normalfall des Zeugenbeweises der Anfang gemacht werden.

I. Collision der Zeugen.

§. 1.

Von der Herstellung der beiden Beweisresultate.

Wir mögen bei Entscheidung des Collisionsfalls das Subtraktions- oder das Bevorzugungsprinzip anwenden, immer muß vorerst die Bildung der beiden Beweisfaktoren vorgenommen, d. h. das Maaß des gelieferten Beweises und Gegenbeweises festgestellt werden, und zwar nicht bloß für jeden der beiden Be-

---

ung Bd. III S. 866 Note a) sagt, ich hätte mir um die Lehre von der Collision des Beweises und Gegenbeweises in der neueren Zeit unstreitig das größte Verdienst erworben, — nennt Professor und O.-A.-G.-R. Dr. Endemann in seinem jüngst (Heidelberg 1868) erschienenen Werk („das deutsche Civilprozeßrecht" S. 875 Note 5) (das mir eben erst zugeschickt wurde) die Collision der Beweise „eine der traurigsten Materien, mit denen sich die Wissenschaft beschäftigen kann. Ohne sich für eines der beiden Prinzipien (Subtraktions- oder Bevorzugungsprinzip) zu entscheiden, ohne sich auf eine Widerlegung meiner Theorie einzulassen, bemerkt er bloß, die neuere Praxis gehe auch darin vernünftiger zu Werke, indem sie Beweis und Gegenbeweis nicht mehr als 2 ganz getrennte und folglich arithmetisch gegeneinander abzuwägende Dinge, sondern als ein zusammenhängendes Ganzes betrachtet, aus dem ein einheitliches Wahrheitsresultat zu gewinnen ist, was einer der erfreulichsten Fortschritte auf der Bahn natürlich logischer Beurtheilung genannt werden müsse. — Wie wird nun aber — möchte ich fragen — dieses „einheitliche Wahrheitsresultat" gefunden, mit Hilfe des Subtraktions- oder Bevorzugungsprinzips, oder auf welchem andern Wege? —

Da nach der herrschenden Lehre beide Beweisresultate, wenn sie gleich-stark ausgefallen sind (ein Fall, der möglich, und auch von den Gesetzen vorgesehen ist), von einander subtrahirt werden, und folglich von einem „Wahrheitsresultat" überhaupt keine Rede sein kann, so scheint es, daß Endemann dem Bevorzugungsprinzip (also meiner Ansicht) huldigt. „Ein zusammenhängendes Ganzes, „aus dem ein einheitliches Wahrheitsresultat zu gewinnen", wird übrigens, wenn beide Beweise ungleich ausgefallen, sowohl bei Zugrundlegung der Bevorzugungs-, wie der Subtraktionsmaxime gewonnen, denn überall influirt der schwächere Beweis auf den stärkeren, überall ergibt sich ein „Gesammtresultat", mag das nun der effektive Rest beider Beweisergebnisse sein (Subtraktionsprinzip), oder der eine dieser beiden Faktoren alterirt durch den andern (Bevorzugungsmaxime). S. den Text oben: § 2 flgd.

weise an und für sich, sondern auch in Beziehung auf den Gegenbeweis und im Verhältniß zu diesem.

Bei Feststellung der beiden Beweisfaktoren stoßen wir nämlich auf eine ganz neue Erkenntnißquelle, die bei einseitig geliefertem Beweise undenkbar ist und bloß bei collidirenden Beweisen vorkömmt. Es ist dies das Rangverhältniß, in welchem die conträren Beweise zu einander stehen, und zwar nicht bloß die ungleichartigen,

vergl. v. Bayer 8. Aufl. S. 990—996 und unten §. 7,

sondern in gewisser Hinsicht selbst die gleichartigen. Auch hier findet — und zwar nach verschiedenen Beziehungen — eine Vergleichung der collidirenden Beweise statt.

Ein Zeugenbeweis für sich allein betrachtet kann allen gesetzlichen Anforderungen vollkommen entsprechen, zur Begründung einer juristischen Ueberzeugung also vollständig geeignet sein. Wenn zwei tüchtige, klassische, gehörig beeidigte und legal verhörte Zeugen, auf Grund eig'ner Sinnenwahrnehmung, über denselben Thatumstand übereinstimmend ausgesagt haben und ihre Aussagen als durchaus fehlerfrei und glaubwürdig erscheinen, so macht ein solcher Zeugenbeweis, für sich allein betrachtet, eine vollständige Probe. In Vergleich mit einem andern, widersprechenden, gleichfalls vollständigen Zeugenbeweis kann er aber in verschiedener Hinsicht weniger Glauben verdienen, sei es nun:

a) Weil die Reprobatorialzeugen, relativ betrachtet, glaubwürdigere Leute, oder:

b) Ihre Aussage innerlich wahrscheinlicher, oder:

c) Ihre Anzahl größer ist.

Glaubwürdiger können aber die Gegenzeugen sein, weil sie mehr in der Lage sind, die Wahrheit sagen zu können, oder sagen zu wollen, sei es nun:

α) Weil sie wegen schärferer Sinne perzeptionsfähiger sind, oder:

β) Das Perzipirte richtiger darzustellen vermögen; oder:

γ) Bessere Wissenschaft von der Sache haben; oder:

δ) Als gewissenhaftere und zuverlässigere Leute bekannt sind; oder:

ε) Als weniger interessirt bei der Sache erscheinen.

Das Gesagte gilt dann nicht nur bei collidirenden klassischen, sondern auch bei collidirenden exceptionsmäßigen Zeugen, es gilt nicht bloß bei widersprechenden vollständigen, sondern auch bei widersprechenden unvollständigen Zeugenbeweisen, und ebenso dann, wenn bloß einer der beiden Beweise vollständig ausgefallen ist.

Eine positive Begründung findet diese Anschauung in l. 21 §. 3 D. de test. und c. 32 X eodem.

Es heißt in der Digestenstelle:

»— — Si vero ex his (testibus ejusdem honoris et existimationis) quidem aliud dixerint, licet impari numero, credendum est: sed quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret; confirmabitque judex motum animi sui ex testimoniis, quae rei aptiora et vero proniora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus lux veritatis magis adsistit.«

Die Anzahl der Zeugen soll also nach Röm. Recht nicht in Betracht kommen, sondern bloß die höhere Glaubwürdigkeit der Person und die größere Wahrscheinlichkeit der Aussagen. — Nach kanon. Recht, c. 32 X. de test., soll aber sekundär auch die Anzahl der Zeugen den Ausschlag geben. Es heißt in der Ueberschrift:

»praevalent digniores et verisimiliora deponentes, et si in caeteris est paritas, raefertur numerus.«

Von diesem Gesichtspunkt aus ist also der Satz falsch, daß bei vollständigem Zeugenbeweis, wozu bekanntlich 2 Zeugen nothwendig sind, ein 3ter und 4ter Zeuge gar nicht in Betracht kommt, daß also 2 Zeugen soviel und nicht mehr beweisen, als 4 oder 10. Bei einseitig geliefertem Beweis ist dieser Satz freilich richtig, nicht aber im Collisionsfall. Hier muß nach der Natur der Sache, wie nach c. 32 X de test.

die Anzahl der Zeugen in Betracht kommen, sie muß, wenigstens eventuell, d. h. caeteris omnibus paribus, geradesogut den Ausschlag geben, wie primo loco die größere Wahrscheinlichkeit der Aussagen oder die höhere Glaubwürdigkeit der Person.

Es frägt sich nun: in welcher Weise influiren jene Momente der größeren Würdigkeit der Person, Wahrscheinlichkeit der Aussagen und Anzahl der Zeugen? — Es wird hiedurch der gegentheilige Beweis, bei welchem das eine oder andere jener Momente in geringerem Maße vorhanden ist, in entsprechender Weise vermindert. Allgemeine Regeln über das Maaß dieser Verminderung lassen sich natürlich nicht aufstellen, maßgebend ist allein nur das richterliche Ermessen.

Vergl. meine Abhandlung a. a. O. Bd. 13 S. 211 und 212, besonders Note 8.

Eine Grenze möchte ich jedoch gezogen haben, nämlich die, daß der vollständige Beweis, wenigstens der vollständige Gegenbeweis, durch die größere Wahrscheinlichkeit der Aussagen, Glaubwürdigkeit der Zeugen, oder Anzahl auf der andern Seite niemals gänzlich verschwinden dürfe. Man sollte freilich glauben, daß der vollständige Gegenbeweis, wird er in dieser Weise in einen unvollständigen verwandelt, auch gänzlich annullirt werden könne, wenn die Differenz der Wahrscheinlichkeit, Glaubwürdigkeit oder Anzahl sehr bedeutend ist [1]). Von dieser Anschauung geht wohl v. Bayer aus, wenn er in der 8. Auflage S. 988 lehrt, daß die größere Wahrscheinlichkeit der Zeugenaussagen bisweilen ein Definitivurtheil zu Gunsten des Probanten rechtfertigt [2]).

---

[1]) Kann nun der Richter einen vollständigen Beweis in dieser Weise annulliren, so wird er noch leichter einen unvollständigen Beweis gegen einen vollständigen nullifiziren dürfen. Denn sind 2 klassische Zeugen ohne Einfluß, weil die Gegenzeugen noch klassischer sind, so werden 2 verdächtige Zeugen, oder 1 klassischer noch weniger auf 2 klassische influiren können.

[2]) v. Bayers Entscheidung läßt sich freilich in and'rer Weise erklären, indem man nämlich das Bevorzugungsprinzip zu Grunde legt, und sich für den stärkeren der beiden Beweise erklärt, demselben also ausschließlich

Allein mir scheint es bedenklich, einen vollständig gelungenen Zeugenbeweis als gar nicht vorhanden zu betrachten, bloß weil die gegnerischen Zeugen stärkere Garantieen der Glaubwürdigkeit darbieten. Ueberdieß scheint es mir unbillig, dieses auf Kosten des Reprobanten zu thun, der gerade als Angegriffener zu begünstigen ist, es scheint mir eine Ungerechtigkeit zu sein, den Beklagten auf bloße Wahrscheinlichkeit hin zu verurtheilen, und das geschieht doch, wenn sein vollständiger Gegenbeweis gar nicht beachtet wird. Für v. Bayer's Ansicht spricht freilich der Umstand, daß dem freien Ermessen des Richters, von welchem in diesem Gebiet doch Alles abhängt, kein Zwang angethan werden darf. Allein wir haben ja zur Zeit noch objektive Beweisregeln, wir haben eine Beweistheorie, nicht die materielle Wahrheit entscheidet, sondern die formale; nicht die subjektive, sondern die juristische Ueberzeugung gibt den Ausschlag. Ist das aber der Fall, so kann der Richter einen vollständig gelungenen Gegenbeweis unmöglich ganz ignoriren. (S. unten § 3 ad 1. und 2. ad c. α.) S. 398. Wenn ferner der Probant 6 Zeugen für sich hat, der Reprobant 2, so kann der Gegenbeweis höchstens auf einen halben Beweis, — bei größerer Glaubwürdigkeit der Probatorialzeugen oder ihrer Aussagen äußersten Falls auf einen Viertelsbeweis herabgesetzt werden. Denn wenn die größere Wahrscheinlichkeit und die höhere Glaubwürdigkeit der Person, welche zunächst entscheidet, nur eine Verminderung, keine Aufhebung des Gegenbeweises zur Folge hat, so kann das Uebergewicht der Anzahl, welches bloß sekundär zu berücksichtigen ist, keine stärkere Wirkung haben! — Dem Subtraktionsprinzip würde es freilich entsprechen,

Glauben schenkt. (S. unten §. 3.) Allein einmal folgt v. Bayer dem Subtraktionsprinzip, weil er nach dem Satz operirt: „Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke heben sich gegenseitig auf" (S. 986), — und dann ist wohl zu erwägen, daß auch bei Annahme des Bevorzugungsprinzips, obwohl dessen consequente Durchführung das Definitivurtheil zu rechtfertigen scheint (s. oben §. 3 ad a. Seite 396), doch die Auflage eines Notheides richtiger ist, wenn das Uebergewicht auf Seite des Probanten ist (s. §. 3 ad c. ad α S. 398.)

daß 2 Zeugen gegen 6 völlig verschwinden, und auf Seite des Probanten noch immer ein voller Beweis restirt; — allein bei collidirenden Beweisen werden keine Zahlen, sondern Größen von einander abgezogen, und dann darf zur Subtraktion der beiden Beweisresultate nicht eher geschritten werden, als bis dieselben gehörig festgestellt und formirt sind.

Vergl. meine Abhandlung l. c. Bd. 13 S. 229 nr. 2 u. S. 231 ad 1.

§. 2.

Von dem Prinzip, nach welchem der Collisionsfall entschieden werden kann.

a) Vom Subtraktionsprinzip und dessen rationeller Begründung.

Die Collision des Hauptbeweises und direkten Gegenbeweises wird fast von allen Rechtslehrern — vielleicht mit alleiniger Ausnahme Gesterdings — nach dem Subtraktionsprinzip entschieden.[3]) Sind also:

1) Beide Beweise gleich stark ausgefallen, so entkräften sie sich gegenseitig, es muß daher der Beklagte absolvirt werden, soferne er der Reprobant ist. Bei eventueller Eidesdelation muß aber auf den Schiedseid rekurrirt und nach der hierüber abgegebenen Erklärung entschieden werden. Ist:

2) Der Hauptbeweis stärker als der Gegenbeweis, so wird auf's Suppletorium oder Purgatorium erkannt, je nachdem das Uebergewicht des erstern und also der nach der Subtraktion bleibende Rest größer oder ge-

---

[3]) So z. B. von Leyser, Martin, Gensler, v. Linde rc. rc. rc. (S. hierüber meine Abhdl. in der Gießner-Zeitschrift Bd. 13 S. 26—28.) Und in neuester Zeit von Langenbeck in seiner Beweisführung. S. die Anm. S. 394.

Nur Gesterding in seinen Nachforschungen Band IV S. 136 geht von der Bevorzugungsmaxime aus, entscheidet aber doch, im Fall der Gleichheit beider Beweise, nach dem Subtraktionsprinzip. (S. unten Note 4.) Von den ältern Schriftstellern erklärten sich Böhmer de coll. probat. und Danz S. 259 für das Bevorzugungsprinzip, aber gleichfalls mit Modifikationen.

ringer ist. Ist der Rest so gering, daß er nicht einmal eine Viertelsprobe darstellt, so muß der Beklagte gleich absolvirt werden. Ist endlich:

3) Der Gegenbeweis stärker, als der Hauptbeweis, so muß natürlich, wie im Fall 1, zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden. Bei eventueller Eidesdelation ist aber nicht — wie im Fall 1 — auf den Schiedseid, sondern auf einen Notheid — Suppletorium oder Purgatorium — zu erkennen, da der unverbrauchte Gegenbeweis als materielle Gewissensvertretung wirkt.

Vergl. v. Bayer 8. Aufl. S. 986 und 987, dann S. 982—984 IV und V.

Das Prinzip, welches allen diesen Entscheidungen zu Grunde liegt, ist die Subtraktionsmaxime; der Richter schöpft hier seine Ueberzeugung durch die Subtraktion der beiden Beweisresultate, er erkennt nach dem Satz: Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke heben sich gegenseitig auf. Vgl. v. Bayer l. c. Rationell läßt sich zur Rechtfertigung dieses Prinzips folgendes anführen:

Um nach dem Klagantrag zu sprechen, d. h. den Beklagten zu verurtheilen, muß der Richter von der Wahrheit des Klagegrundes vollständig überzeugt sein. Ist dieß nicht der Fall, so muß er einen Notheid auflegen. — Liegt nun aber eine Collision der Beweise vor, und hat der Kläger seine Klage erwiesen, Beklagter das Nichtwahr derselben dargethan, und sind:

a) Beide Beweise gleich stark ausgefallen, so kann der Richter von der Wahrheit des Klagegrundes unmöglich ganz oder auch nur theilweise überzeugt sein, da ja die Unwahrheit desselben ebenso stark nachgewiesen wurde. Beiden Theilen zugleich Glauben schenken, wäre an sich absurd und ginge schon deßhalb nicht an, weil er dann gar nicht judiziren könnte. Da nun der Richter beiden Theilen nicht Glauben schenken kann, und einem von beiden nicht glauben darf, ohne den andern zu benachtheiligen, so bleibt nichts übrig, als keinem von beiden zu glauben, d. h. die beiden Beweisresultate von einander zu

subtrahiren, und folglich nach dem Satz »actore non probente reus absolvitur» den Beklagten loszusprechen.**)

Dieses Resultat ergibt sich auch aus dem natürlichen Verhältniß des Angegriffenen zum Angreifenden. Wie die Einrede und der Einredebeweis zur Aufhebung des Klagerechts, so ist der direkte Gegenbeweis zur Vernichtung des Klagsbeweises bestimmt. Wenn aber der Gegenbeweis den Klagsbeweis vernichtet, so verschwindet bei dieser Operation nicht bloß der letzt're, sondern auch der erstere; — also Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Kraft heben sich gegenseitig auf. — Hieraus ergibt sich nun von selbst und per argumentum a fortiori, daß:

b) Ebenso verfahren und entschieden werden müsse, wenn der Gegenbeweis stärker ausgefallen ist, als der Hauptbeweis.†)

Weiter folgt hieraus:

c) Daß auf einen Notheid — Suppletorium oder Purgatorium — erkannt werden müsse, wenn der Hauptbeweis stärker ausgefallen war, als der Gegenbeweis. Denn in diesem Fall wird jener Theil des Klagsbeweises vernichtet, welcher dem Gegenbeweis an Stärke gleich ist, es bleibt somit auf Seite des Probanten als Rest ein unvollständiger Hauptbeweis, welcher bald zur Auflage des Suppletorii an den Kläger, bald des Purgatorii an den Beklagten berechtigt, je nachdem das Uebergewicht des Hauptbeweises und also der Rest größer oder geringer ist.††)

**) Anmerkung: Sind beide Beweise gleichstark ausgefallen, so ist der Richter ebensosehr und folglich nicht mehr überzeugt von der Schuld, wie von der Unschuld des Beklagten, er kann also unmöglich zu Gunsten des Klägers sprechen und muß folglich zu Gunsten des Beklagten erkennen.

†) Anmerkung: Denn dann ist der Richter mehr überzeugt von der Unschuld, als von der Schuld des Beklagten, somit, da es nur eine Ueberzeugung geben kann, gar nicht überzeugt von der Schuld und unvollständig von der Unschuld.

††) Anmerkung: Der Richter ist nämlich mehr überzeugt von der Schuld, als Unschuld, somit unvollständig überzeugt von der Schuld, und gar nicht von der Unschuld.

In der Regel wird jedoch der Reinigungseid auferlegt werden, der Ergänzungseid bloß dann, wenn der Hauptbeweis an und für sich betrachtet vollständig und der Gegenbeweis weniger als halb gelungen war; denn ist ersterer unvollständig, wenn auch mehr als halb ausgefallen, so wird er schon durch eine $1/4$ Gegenprobe auf einen halben Beweis reduzirt, wo bekanntlich nur ausnahmsweise auf den Ergänzungseid gesprochen werden kann, nämlich nur dann, wenn der Kläger bessere Sachkenntniß hat, oder eine glaubwürdigere Person ist. Und ganz dasselbe ist der Fall, wenn dem vollständigen Hauptbeweis ein halber Gegenbeweis gegenübersteht.

Ist freilich die Differenz zwischen Haupt- und Gegenbeweis so unbedeutend, daß der Rest nicht einmal eine Viertelsprobe ausmacht, so muß der Beklagte absolvirt werden.

§. 3.

b) Vom Bevorzugungsprinzip.

Daß außer der Subtraktionsmaxime auch noch ein anderes Prinzip, welches ich Bevorzugungsprinzip nannte, seine Berechtigung habe, kann nicht in Abrede gestellt werden, und ich hatte demselben in meinem Aufsatz über die eventuelle Eidesdelation in der

Gießner-Zeitschrift Bd. 7 S. 302 flgd.

den Vorzug vor dem Subtraktionsprinzip gegeben, bin jedoch in meiner Abhandlung über die Collision der Beweise

Bd. 13 S. 206 flgd.

wieder davon ab- und zum Subtraktionsprinzip übergegangen.*)

In jüngster Zeit habe ich mich jedoch neuerdings wieder der Bevorzugungsmaxime zugewendet, und halte dieselbe als das einzig quellengemäße Auskunftsmittel für die Entscheidung des Collisionsfalls.

---

*) Anmerkung. Und zwar unter dem Beifall Langenbecks (Bd. 3 S. 866 Note a), der sich gleichfalls für die Subtraktionsmaxime erklärt (S. 868), obgleich er S. 865 und 868 anerkennt, die Entscheidung für das eine oder andere Prinzip sei in der That nicht leicht, und die Gründe für die Bevorzugungsmaxime sehr bestechlich.

Vergl. meine Abhandlung in der Gießner-Zeitschrift (1864) Bd. 21 S. 9 flgd.

Ehe ich auf die Motive eingehe, die mich zu diesem wiederholten Wechsel bestimmten ehe ich also das Bevorzugungsprinzip rationell zu rechtfertigen und positive zu begründen versuche, soll vorerst untersucht werden, worin das Bevorzugungsprinzip besteht, dann wie es sich in der Anwendung vom Subtraktionsprinzip unterscheidet.

Bei der Bevorzugungsmaxime schöpft der Richter seine Ueberzeugung nicht durch die Subtraktion der beiden Beweisresultate, sondern auf dem Wege, daß er sich für einen der collidirenden Beweise entscheidet, sei es für den Hauptbeweis, oder für den Gegenbeweis, und also denselben vorzieht, daher auch der Name Bevorzugungsmaxime. Bevorzugt wird aber natürlich der stärkere Beweis, und wenn beide Beweise gleich stark ausgefallen sind, der Gegenbeweis. — Ist nun der Hauptbeweis an und für sich betrachtet vollständig oder doch über die Hälfte gelungen[4]), und es wird:

A. der Hauptbeweis vorgezogen, so muß nach meinem Dafürhalten: 1. Ein Notheid aufgelegt werden, welcher jedoch: 2. bloß dem Probanten, niemals dem Reprobanten zuerkannt werden kann, und: 3. das Eigenthümliche hat, daß er ebensogut als Suppletorium, wie als Purgatorium erscheint. — Wird sodann:

B. Der Gegenbeweis vorgezogen, so ist meines Erachtens: 4. definitive zu Gunsten des Reprobanten zu sprechen, der Beklagte also zu absolviren, wenn er der Reprobant ist. Und ebenso muß entschieden werden: 5. Wenn beide Beweise gleichstark ausgefallen sind.

Ich will nun diese 5 Sätze der Reihe nach zu motiviren suchen, vor Allem die beiden Hauptsätze, daß bloß zur

---

[4]) Ist der Hauptbeweis netto halb, der Gegenbeweis weniger als halb ausgefallen, so bekömmt der Reprobant natürlich das Purgatorium, obwohl der Hauptbeweis vorgezogen wird. Ebenso wenn der Hauptbeweis und Gegenbeweis beide weniger als halb ausgefallen sind, und der Hauptbeweis den Vorzug hat, weil dann der Gegenbeweis ganz verschwindet und die Collision somit aufhört.

Verurtheilung, nicht aber zur Lossprechung ein Notheid erfoderlich ist.

Eigentlich sollte bei Annahme des Bevorzugungsprinzips — ohne Unterschied, ob ein Uebergewicht rechts oder links vorliegt — entweder:

a) Allzeit definitive, oder

b) Allzeit auf einen Notheid erkannt werden. Und dieses Dilemma habe ich auch früher vertreten.

Vergl. meine Abhandl. l. c. Bd 7. S. 225, Bd. 8. S. 263 B. (u. Bd. 13 S. 225.)

Richtiger ist aber gewiß:

c. Die Mittelmeinung, wonach der Notheid nur dann aufgelegt werden darf, wenn das Uebergewicht auf Seite des Probanten (Klägers) ist, d. h. wenn es sich um die Verurtheilung handelt.

ad a. Bei consequenter Durchführung des Bevorzugungsprinzips scheint die Auflage des Notheides jedesmal und also auch dann unstatthaft zu sein, wenn das Uebergewicht auf Seite des Probanten ist, vorausgesetzt natürlich, daß dessen Beweis vollständig gelungen war. Werden nämlich die beiden Beweisresultate nicht von einander subtrahirt, bleiben sie also stehen und der Richter zieht die Probatorialzeugen und folglich den Hauptbeweis vor, welche andere Bedeutung kann diese Bevorzugung haben, als die, daß nur ihnen allein, nicht aber den Reprobatorialzeugen geglaubt werden soll? — Ist aber das der Fall, wie kann es dann zu einem Notheid kommen? — Würden die beiden Beweisresultate von einander subtrahirt, dann müßte freilich wegen des restirenden unvollständigen Hauptbeweises ein Notheid aufgelegt werden. Da sich aber die beiden Beweise nicht entkräften, warum dann dem Probanten noch das Suppletorium auflegen, da sein Beweis vollständig und ungeschwächt ist, und den Vorzug vor dem Gegenbeweis hat? Warum ihm das Purgatorium zumuthen, da sein Beweis vorzuziehen, also seinen Zeugen zu glauben und folglich den gegnerischen Zeugen nicht zu glauben,

der Gegenbeweis somit als gar nicht vorhanden zu betrachten ist[5])?!

Vergl. meine Abhandl. l. c. Bd. 8 S. 364. Bd. 13 S. 218.

Ich habe mich daher früher gegen die Auflage eines Notheides, aber freilich auch — wegen der damit verbundenen Härte gegen den Beklagten (Verurtheilung auf bloße Wahrscheinlichkeit) — wider das Bevorzugungsprinzip selbst erklärt.

Vergl. meine Abhandl Bd. 8 S. 364, Bd. 13 S. 218 u. S. 231 lit. b.

ad b. Wenn man nun aber dem Probanten, obgleich sein Hauptbeweis vollständig gelungen ist, einen Notheid auflegt, um hiedurch den schwächern, aber immer noch vorhandenen Gegenbeweis zu paralysiren (s. unten ad c. α.), so scheint es, daß im umgekehrten Fall, wenn der Gegenbeweis den Vorzug hat, den Reprobanten dieser Notheid geradeso treffen müsse, um den Hauptbeweis hinwegzuräumen, wie den Probanten zur Paralysirung des Gegenbeweises.

Vergl. Bd. 8 S. 363 B. u. Bd. 13 S. 225.

Der Beklagte kann nämlich bloß dann absolvirt werden,

---

[5]) Von dieser Auffassung geht denn auch Gesterding in seinen Nachforschungen Bd. IV, S. 123 aus. Derselbe lehrt, daß, wenn beide Beweise vollständig gelungen sind, und ein Uebergewicht auf der einen Seite vorliegt (sei es durch die größere Zahl, oder Glaubwürdigkeit der Zeugen oder des Zeugnisses), der überwiegende Beweis den Sieg davon trage, weil er dem andern vorgezogen werde, mit gänzlicher Beiseitsetzung dieses andern. Könne nun aber ein vollständiger Beweis den vollständigen besiegen, weil er stärker ist, so müsse aus gleicher Ursache ein vollständiger Beweis den unvollständigen besiegen, und es werde nicht einmal nöthig sein, dem Beweisführer das Suppletorium aufzulegen, um den vollständigen, durch Gegenbeweis nicht geschwächten Beweis noch vollständiger, das Vollkommene noch vollkommener zu machen. Vergl. auch Danz S. 259.

So folgerichtig nun auch der letztere Satz scheint, so inconsequent ist jedenfalls die andere Behauptung Gesterdings, daß, wenn auf beiden Seiten Alles gleich ist, der eine Beweis den andern aufhebe. Denn wird bei collidirenden ungleichen Beweisen nach der Bevorzugungsmaxime erkannt, so kann doch bei collidirenden gleichstarken Beweisen nicht nach dem Subtraktionsprinzip entschieden werden! —

wenn der Klagsbeweis gänzlich mißlungen ist. Da nun aber der Klagsbeweis ex hypothesi gelungen ist, wenn gleich nicht so vollständig wie der Gegenbeweis, da ferner seine Hinwegräumung durch Subtraktion nicht geschehen kann, so scheint sie durch den Notheid des Reprobanten, d. h. durch das Purgatorium, vollzogen werden zu müssen, ehe definitive zu dessen Gunsten gesprochen werden kann.

Für die Auflage eines Notheides bei collidirenden Beweisen unter allen Umständen erklären sich denn auch die Schriftsteller des bayer. Prozesses: Stürzer, Seuffert und Plochmann, ohne sich jedoch über das anzuwendende Prinzip auszusprechen.

Vergl. besonders Seuffert's Handbuch des deutschen Prozesses Bd. 3 S. 109. 2. Aufl. S. 133 u. 253.

ad c. Die Mittelmeinung, welche ich jetzt für die allein richtige halte, da sie sich auch positive begründen läßt (s. §. 4), geht dahin, daß bei Annahme des Bevorzugungsprinzips:

α) Ein Notheid aufzulegen ist, wenn sich das Uebergewicht des Beweises auf Seite des Probanten befindet (nr. 1 u. 3 oben). Daß dieser Notheid: β) Immer dem Probanten, niemals seinem Gegner, dem Reprobanten, gegeben wird (nr. 2 oben). Daß dagegen: γ) Sofort definitive gesprochen werden muß, wenn der Gegenbeweis den Vorzug verdient (nr. 4 oben), oder δ) Beide Beweise gleichstark ausgefallen sind (nr. 5 oben).

Ad α) (nr. 1 u. 3 oben.)

Zur Verurtheilung des Beklagten wird vollkommene Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit des Klagegrundes vorausgesetzt. Ist nun der Beweis der Klage vollständig gelungen, steht aber auf der andern Seite ein unvollständiger Gegenbeweis und muß folglich nach unserem Prinzip der Hauptbeweis vorgezogen, d. h. dem Probanten mehr Glauben geschenkt werden, als dem Reprobanten, so kann von einer vollständigen Ueberzeugung des Richters von der Schuld des Beklagten deßhalb keine Rede sein, weil noch ein Unschuldsbeweis vorliegt, und dieser Unschuldsbeweis vom Richter nicht ignorirt werden

kann, solange letzt'rer unter der Herrschaft von Beweisregeln steht, solange wir noch eine Beweistheorie haben. Es muß daher vor Allem dieser Unschuldsbeweis hinweggeräumt, und zu diesem Zweck dem Probanten der Nothеid — das Purgatorium — gegeben werden. Dieser Notheid hat aber ebensogut die Natur eines Suppletoriums, weil der Probant hiedurch den Beweis seines Angriffs ergänzt, und der Richter, bis das geschehen ist, von der Wahrheit jenes Angriffs unvollständig überzeugt ist[6].

Eine Verurtheilung des Beklagten, ohne daß Probant und Kläger diesen Notheid abgeleistet, wäre ein Erkenntniß auf bloße Wahrscheinlichkeit, und also eine grobe Verletzung der Rechte des Angegriffenen.

Wie beim Subtraktionsprinzip, so kann also auch beim Bevorzugungsprinzip kein Condemnationsurtheil gefällt werden, wenn der Hauptbeweis stärker ausgefallen ist als der Gegenbeweis. Hier wie dort können wir sagen: der Richter erkennt deßhalb auf einen Notheid, weil er mehr überzeugt ist von der Schuld als von der Unschuld; somit — da es nur eine Ueberzeugung geben kann — gar nicht von der Unschuld und unvollständig von der Schuld. (Wenn jedoch das Uebergewicht des Klagsbeweises nur unbedeutend ist, so daß der Rest

[6]) Bei unvollständig gelungenem Beweis und Gegenbeweis ist dieser Notheid zugleich Suppletorium und Purgatorium; denn der Probant schwört hiedurch seinen mehr als halben Beweis voll und den halben Gegenbeweis weg. Bei vollständig ausgefallenem Hauptbeweis und halben oder mehr als halben Gegenbeweis erscheint aber jener Notheid ebensogut als Purgatorium wie als Suppletorium, wie im Text oben gezeigt wurde. Die letztere Auffassung ist aber wohl die natürlichere und sachgemäßere. Denn es kann nur eine Ueberzeugung geben, sei es von der Schuld oder Unschuld des Beklagten. Fällt diese nun auf die Seite des Klagsbeweises, weil dieser stärker ausgefallen als der Gegenbeweis, hat also der Richter eine Ueberzeugung von der Schuld, so kann er unmöglich zugleich eine Ueberzeugung von der Unschuld haben, weil die erste Ueberzeugung die letztere nothwendig ausschließt. Da nun aber, wie früher gezeigt wurde, dem Kläger die vorgängige Ableistung eines Notheides aufzutragen ist, so kann dieser nur als Suppletorium zur Ergänzung der unvollständigen Ueberzeugung von der Schuld erscheinen, weil eine Ueberzeugung von der Unschuld daneben nicht existiren kann.

nicht einmal eine Viertelsprobe darstellt, so muß nach dem Subtraktionsprinzip der Reprobant und Beklagte absolvirt werden, wogegen nach dem Bevorzugungsprinzip auch hier auf den Notheid des Probanten zu erkennen ist. S. unten §. 4.)

Hiemit dürfte die extreme Ansicht sub lit. a. genügend widerlegt sein. — Hieraus ergibt sich aber zugleich:

d β) (nr. 2 oben)

daß der Notheid — und hiedurch unterscheiden sich die beiden Maximen, — bloß dem Probanten, niemals dem Reprobanten zuerkannt werden darf. Denn ein Urtheil auf den Eid des Reprobanten wäre ja keine Bevorzugung des Hauptbeweises, sondern des Gegenbeweises, wäre kein Urtheil zu Gunsten des Beweisführers, sondern ein Urtheil zu Gunsten des Gegenbeweisführers. Zieht der Richter den Hauptbeweis vor, so fühlt er sich mehr zur Annahme der Wahrheit, als der Unwahrheit des Beweissatzes hingezogen. Bei einseitig geliefertem Beweis — sagt Schmid — befindet sich der Richter in dieser Lage, wenn der Probant mehr als halben Beweis geliefert hat, und es wird dann auf den Notheid des Probanten (Suppletorium) erkannt, weil eben der Richter die Schuld des Beklagten für wahrscheinlicher hält, als seine Unschuld.

Schmid Handbuch II. S. 241.

Was aber vom einseitig gelieferten Beweis gilt, das muß — bei Annahme des Bevorzugungsprinzips — auch vom Collisionsfall gelten. Ja, der von Schmid aufgestellte Satz paßt eigentlich nur auf den Collisionsfall und nicht auf den einseitig erbrachten Beweis, weil beim letztern keine Gründe für die Unwahrheit des Beweissatzes und also für die Unschuld des Beklagten vorliegen, sondern nur keine vollkommen genügenden Motive für die Wahrheit der Klage und also für die Schuld des Beklagten. (S. unten Note 7.)

Ad γ) (nr. 4 oben).

Wenn endlich das Uebergewicht des Beweises auf Seite des Reprobanten und Beklagten ist, dann darf kein

Notheid aufgelegt, sondern muß, wie beim Subtraktionsprinzip, sofort definitive gesprochen, der Beklagte somit absolvirt werden.

Die Verurtheilung des Beklagten setzt freilich voraus, daß der Richter von der Wahrheit des Klagegrundes, d. h. von der Schuld des Beklagten, vollkommen überzeugt ist; die Lossprechung dagegen supponirt gewiß nicht, daß er von der Unwahrheit der Klage, d. h. von der Unschuld des Beklagten, vollständig durchdrungen ist. Die Lossprechung setzt vielmehr bloß voraus, daß der Richter von der Wahrheit der Klage gar keine Ueberzeugung hat. Dieß ist nun der Fall, wenn der Gegenbeweis stärker ausgefallen war, als der Hauptbeweis. Hat nämlich der Richter, wenn er den Hauptbeweis vorzieht, eine unvollständige Ueberzeugung von der Schuld des Beklagten und also gar keine Ueberzeugung von seiner Unschuld, wie ad a (nr. 1) gezeigt wurde, — so muß er, wenn er den Gegenbeweis vorzieht, und also mehr überzeugt ist von der Nichtschuld als von der Schuld, unvollständig überzeugt sein von seiner Unschuld und folglich gar nicht überzeugt von seiner Schuld, — er muß also den Beklagten absolviren. Es kann ja nur eine Ueberzeugung geben. Neigt sich diese nun auf die Seite des Beklagten, ist also der Richter einigermaßen von seiner Unschuld überzeugt, so kann er unmöglich von seiner Schuld irgend eine Ueberzeugung haben. Die Verurtheilung des Beklagten kann darnach nur auf die Gewißheit seiner Schuld erfolgen, die Lossprechung dagegen schon auf die bloße Wahrscheinlichkeit seiner Unschuld, weil dann gar kein Beweis, gar keine Wahrscheinlichkeit seiner Schuld vorliegt.

Betrachten wir nur einmal den Fall einseitig gelieferten Beweises. Wenn dieser Beweis: a. ein Gegenbeweis ist, so liegt der Grund der Absolution bekanntlich nicht in der Ueberzeugung des Richters von der Unschuld des Beklagten — der unverbrauchte Gegenbeweis ist, abgesehen von der eventuellen Eidesdelation, völlig bedeutungslos, — sondern einzig und allein in dem Mangel einer Ueberzeugung von seiner Schuld, einzig und allein in dem mißlungenen Klagsbeweis. Darin besteht ja die

Bedeutung des Satzes »actore non probante reus absolvitur«; auch dann, wenn der Beklagte einen vollständigen Unschuldsbeweis geliefert hat, wird er nicht wegen dieses letzteren, sondern bloß wegen des mißlungenen Klagsbeweises absolvirt.

Was nun beim einseitig gelieferten Beweis gilt, das gilt auch im Collisionsfall. Wenn der Richter mehr überzeugt ist von der Nichtschuld, als von der Schuld des Beklagten, so absolvirt er denselben, nicht weil er eine Ueberzeugung von seiner Unschuld, sondern weil er keine Ueberzeugung von seiner Schuld hat. Der Absolutionsgrund ist also in beiden Fällen derselbe, er liegt im Mangel irgendwelcher Ueberzeugung von der Schuld.

Wenn aber der einseitig gelieferte Beweis: b. ein unvollständiger, weniger als halber Hauptbeweis ist, so liegt die Ursache jenes Mangels, die causa remota der Absolution, in dem vom Beklagten ausgeschworenen Purgatorium. In unserem Fall, nämlich bei der Collision, liegt aber diese causa remota in dem stärker ausgefallenem Gegenbeweis des Beklagten; denn frägt man, warum ist denn der Richter von der Schuld des Beklagten nicht überzeugt, so ist darauf zu antworten: weil er eben von seiner Unschuld mehr überzeugt ist. Wäre nun die Ueberzeugung des Richters von der Unschuld der nächste und eigentliche Grund der Absolution, dann müßte freilich dem Beklagten das Suppletorium aufgelegt werden, weil jene Ueberzeugung eine unvollständige ist. Da aber der nächste und eigentliche Absolutionsgrund die mangelnde Ueberzeugung des Richters von der Schuld ist, so kömmt der Satz zur Anwendung: »actore non probante reus absolvitur«, es kann also dem Beklagten kein Notheid zugemuthet werden. Denn es ist kein Klagsbeweis da, welcher durch das Purgatorium beseitigt werden müßte, die Ergänzung des Unschuldbeweises durch das Suppletorium ist nur bei eventueller Eidesdelation, nicht aber in unserem Fall nothwendig.

Hiemit wäre auch die extreme Ansicht (S. 396 lit. b) widerlegt, die immer einen Notheid verlangt, und also dargethan, daß nach der Bevorzugungs-, wie nach der Subtraktionsmaxime der

Beklagte ohne vorgängige Auflage eines Notheides absolvirt werden muß, wenn der Gegenbeweis stärker ausgefallen ist, als der Hauptbeweis.[7])

---

[7]) Nun könnte man freilich folgenden Einwurf machen: Wenn der Richter den Hauptbeweis vorzieht, so fühlt er sich mehr zur Annahme der Wahrheit als der Unwahrheit des Beweissatzes hingezogen, und umgekehrt mehr zur letztern, wenn er den Gegenbeweis vorzieht. Bei einseitig geliefertem Beweis wird nun, wenn sich der Richter auf die Seite des Probanten neigt, weil dieser mehr als halb bewiesen, auf den Notheid des Probanten, d. h. auf's Suppletorium erkannt, weil hier der Richter nach Schmid's Anschauung mehr Gründe für die Wahrheit des Beweissatzes hat, als gegen dieselbe; dagegen wird bei weniger als halbem Beweis auf den Notheid des Probaten, d. h. auf's Purgatorium gesprochen, weil der Richter dann weniger Gründe für die Wahrheit des Beweissatzes hat, als gegen dieselbe. So sagt wenigstens Schmid im Handbuch Band II Seite 411. Was nun bei einseitig geliefertem Beweis gilt, das muß unter gleichen Voraussetzungen auch im Collisionsfall gelten. Neigt sich der Richter auf die Seite des Probanten, so muß diesem das Suppletorium auferlegt werden; — neigt sich aber der Richter auf die Seite des Reprobanten, so muß letzterer das Purgatorium bekommen. So erfordert es die Gleichheit der Parteienrechte. Ja, das Purgatorium scheint hier, beim Collisionsfall, noch viel nothwendiger, als bei einseitig geliefertem Beweis. Denn dort hat dasselbe nur eine Viertelsprobe, also nur ein Minimum von Beweis, hinwegzuräumen, hier aber bisweilen einen (an und für sich betrachtet) vollständig gelungenen Hauptbeweis! —

Dieser Einwurf läßt sich jedoch unschwer widerlegen. Der Collisionsfall kann nämlich mit dem einseitig gelieferten Beweis nicht in den hier gemachten Vergleich gebracht werden, denn beide sind wesentlich verschieden. Beim Collisionsfall hat der Richter, wenn er den Gegenbeweis vorzieht, eine Ueberzeugung von der Unschuld, wenn gleich nur eine unvollständige, und folglich gar keine Ueberzeugung von der Schuld des Beklagten, wenigstens keine solche, welche einer Viertelsprobe entspricht, und die Auflage des Purgatorii erfodert. Bei einseitig geliefertem weniger als halbem Hauptbeweis ist dagegen der Richter durchaus nicht von der Unschuld, wohl aber einigermaßen von der Schuld des Beklagten überzeugt. Es ist daher nicht richtig, wenn Schmid a. a. O. sagt, der Richter finde bei einer Viertelsprobe weniger Gründe für, als gegen die Wahrheit des Beweissatzes, und fühle sich bei einer mehr als halben Probe mehr zur Annahme der Wahrheit, als der Unwahrheit des Beweissatzes hingezogen. Bei unvollständigem Beweis liegen durchaus keine Gründe gegen die Wahrheit des Beweissatzes vor, sondern bloß keine hinreichenden Gründe für dieselbe. Man kann daher bei einseitig geliefertem Beweis bloß sagen, der Richter halte die unvollständige Probe mehr für gelungen,

Ad d) (nr. 5 oben).

Sind endlich Beweis und Gegenbeweis gleichstark ausgefallen, so ist der Richter ebensosehr überzeugt von der Wahrheit als von der Unwahrheit der Klage. Er ist also im Zweifel, auf wessen Seite er sich neigen, welchem Beweis er den Vorzug geben, welcher Partei er also glauben und zu wessen Gunsten er folglich entscheiden solle. Er muß daher nach dem Satz „in dubio et caeteris omnibus paribus pro reo« (fr. 125 D. 50. 17) das Uebergewicht des Beweises auf Seite des Reprobanten annehmen, d. h. die Reprobatorialzeugen präferiren[8]), und somit, wie im vorigen Fall, den Beklagten absolviren.

als für mißlungen (oder umgekehrt); er habe mehr Gründe für als gegen den Erfolg der Beweisführung (oder umgekehrt).

[8]) Aber noch auf einem andern Weg scheint man zur absolutio rei zu gelangen, ohne auf Seite des Beklagten ein Uebergewicht zu fingiren, also ohne den Satz »in dubio pro reo« zu Hilfe nehmen zu müssen. Um nämlich zu Gunsten des Klägers zu erkennen, ist bekanntlich nothwendig, daß der Richter von der Schuld des Beklagten mehr überzeugt ist, als von seiner Unschuld. Sind nun Beweis und Gegenbeweis gleichstark ausgefallen, so ist der Richter ebensosehr und folglich nicht mehr überzeugt von der Schuld, wie von der Unschuld, er kann also unmöglich zu Gunsten des Klägers (auf dessen Suppletorium) sprechen, und muß folglich zu Gunsten des Beklagten (definitive) erkennen.

Allein mit dieser Auffassung stehen wir nicht mehr im Rahmen des Bevorzugungsprinzips, sondern bereits im Kreis der Subtraktionsmaxime. Das Charakteristische des erstern besteht nämlich darin, daß sich der Richter für einen der beiden Beweise entscheidet und also denselben vorzieht. Das geschieht nun aber hier keineswegs; der Richter absolvirt, nicht weil er von der Unschuld stärker und deßhalb von der Schuld gar nicht überzeugt ist, sondern weil er von der Schuld nicht stärker, nämlich ebensosehr überzeugt ist, wie von der Unschuld. Er absolvirt, nicht weil er den Gegenbeweis vorzieht, sondern weil er den Hauptbeweis nicht vorziehen kann. Er absolvirt, weil er gar keine Ueberzeugung hat. Diese Operation ist aber nichts Anderes als eine versteckte Subtraktion der beiden Beweise. Bei völliger Gleichheit von Beweis und Gegenbeweis ist eine Entscheidung nur dann möglich, wenn wir entweder ein Uebergewicht auf der einen oder andern Seite fingiren, oder wenn wir subtrahiren und folglich zu dem Schluß kommen, der Richter hat gar keine Ueberzeugung, er glaubt keinem von beiden Theilen. Lassen wir daher die Beweise nebeneinander stehen, subtrahiren wir also nicht, so wird der Richter solange in Zweifel sein, bis

§. 4.

Unterschiede zwischen Subtraktions- und Bevorzugungsprinzip im praktischen Resultat.

Vergleicht man die beiden Prinzipien miteinander, so stellt sich eine große Verschiedenheit heraus, und zwar nicht bloß ihrer innern Natur und Wesenheit nach, sondern auch bezüglich der praktischen Resultate.

Von der ersteren Verschiedenheit wurde bereits ausführlich gesprochen

S. die §§. 2—4 oben, und unten ad b. nr. 1 Abs. 1.

Was aber den Unterschied beider Prinzipien in der Anwendung betrifft, so zeigt sich ein solcher, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, in den 3 möglichen Fällen.

1. Sind beide Beweise gleichstark ausgefallen, so reiben sie sich bei Annahme der Subtraktionsmaxime vollständig auf. Nach der Bevorzugungsmaxime dagegen bleiben sie nebeneinander stehen und der Richter zieht die Zeugen des Reprobanten vor, fingirt also auf seiner Seite ein Beweis-Uebergewicht.

Nicht nur die Operation ist also eine verschiedene, sondern auch das Ergebniß ist ein ganz anderes. Beim Subtraktionsprinzip ist das Resultat ein rein negatives, es ist eben gar nichts erwiesen, weder für, noch gegen den Kläger, das Ergebniß ist also dasselbe, als wenn Hauptbeweis und Gegenbeweis beide mißlungen wären. Der Richter hat eben gar keine Ueberzeugung. Beim Bevorzugungsprinzip ist dagegen das Resultat kein negatives, sondern ein positives, d. h. der Richter ist nicht bloß von der Schuld des Beklagten nicht überzeugt, sondern er hat im Gegentheil eine Ueberzeugung

---

er sich für einen der beiden Beweise, natürlich für den Gegenbeweis, entscheidet. Thut er nun dieses, so verfährt er nach dem Bevorzugungsprinzip. Erklärt er sich aber für keinen der beiden Beweise, und entscheidet er doch und zwar pro reo, weil er von der Schuld nicht stärker überzeugt ist, als von der Unschuld, — so hat er eben nach dem Subtraktions-, nicht aber nach dem Bevorzugungsprinzip operirt! —

von seiner Unschuld, wenn auch keine vollständige. Im praktischen Resultat, d. h. im Urtheil, zeigt sich freilich kein Unterschied zwischen beiden Maximen: immer muß definitive zu Gunsten des Beklagten (Reprobanten) erkannt werden, wir mögen nun nach dem Subtraktions- oder nach dem Bevorzugungsprinzip erfahren. (Nur bei der eventuellen Eidesdelation ist auch das Urtheil verschieden. S. unten nr. 4 a.) Endlich ist auch der Grund der Absolution überall derselbe: der Beklagte wird hier, wie dort, wegen mangelnden Schuldbeweises losgesprochen.

2. War der Gegenbeweis stärker ausgefallen, als der Hauptbeweis, so ist die Entscheidung des Collisionsfalls dieselbe, wie im vorigen Fall; wir mögen das Subtraktions- oder Bevorzugungsprinzip zu Grund legen, immer muß der Beklagte absolvirt werden.

Aber auch bezüglich des Resultat's der Beweisführung zeigt sich zwischen beiden Maximen kein bedeutender Unterschied. Nach der Bevorzugungs-, wie nach der Subtraktionsmaxime ist der Richter gar nicht überzeugt von der Schuld, und unvollständig von der Unschuld. Nur bezüglich der Stärke dieses Unschuldsbeweises und des letzten Grundes der Absolution tritt eine Abweichung ein. Der Unschuldsbeweis ist nämlich beim Subtraktionsprinzip verschieden je nachdem das Uebergewicht des Gegenbeweises größer oder geringer ist, während beim Bevorzugungsprinzip das geringste Uebergewicht dieselbe Wirkung hervorbringt, wie das stärkste.

Was aber den letzten Grund der Absolution betrifft, so wird beim Bevorzugungsprinzip der Beklagte von der Klage entbunden, weil sein Gegenbeweis stärker ausgefallen ist, als der Klagsbeweis, beim Subtraktionsprinzip, weil sein Gegenbeweis ebenso stark ausgefallen ist, als der Klagsbeweis. Beim Subtraktionsprinzip erscheint daher das Surplus des Gegenbeweises als völlig überflüssig; denn hier gilt der Satz: „Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke reiben sich gegenseitig auf.“

Wenn aber der Eid eventuell deferirt wurde, so unterscheiden sich beide Maximen auch im praktischen Resultat, d. h. im Urtheil. (S. unten.)

3. Wenn endlich das Uebergewicht des Beweises auf Seite des Klägers und Probanten ist, dann unterscheiden sich beide Maximen in der Regel im praktischen Resultat, nämlich in der Entscheidung des Falls. Das Ergebniß der Beweisprüfung ist zwar bei beiden Maximen in den meisten Fällen ein positives für den Kläger: der Richter ist hier wie dort von der Wahrheit des Klagegrundes unvollständig überzeugt. Darin stimmen also beide Maximen überein; auch darin, daß es in der Regel zur Auflage eines Notheides kömmt. Der Unterschied ist nun aber der, daß bei der Subtraktionsmaxime die richterliche Ueberzeugung von der Schuld größer oder geringer, ja bisweilen verschwindend ist, je nachdem das Uebergewicht des Beweises größer oder geringer ist, beim Bevorzugungsprinzip dagegen immer dieselbe bleibt, die Differenz zwischen Haupt- und Gegenbeweis mag groß oder gering sein. Nach der Subtraktionsmaxime wird daher, wenn der Hauptbeweis an und für sich vollständig, oder mehr als halb und stärker ausgefallen war, als der Gegenbeweis, bald auf's Suppletorium, bald auf's Purgatorium, bald lossprechend, erkannt, je nachdem der restirende Hauptbeweis mehr oder weniger als halb, oder = 0 ist, — in der Regel aber auf's Purgatorium; nach der Bevorzugungsmaxime kann dagegen unter den angeführten Voraussetzungen niemals auf den Reinigungseid des Reprobanten, vielmehr muß allzeit auf den Ergänzungseid des Probanten erkannt werden.

(Siehe oben §. 3 nr. 2 und 3, dann lit. c ad b nr. 2 und 3.)

4. Wurde der Schiedseid eventuell deferirt, so unterscheiden sich beide Maximen bezüglich des praktischen Resultats, d. h. des Urtheils, und nicht bloß im 3ten, zuletzt behandelten, sondern auch im ersten und zweiten Fall, wo sie in der Anwendung harmoniren, wenn der Eid nicht deferirt worden. Sind nämlich:

a. Beide Beweise gleichstark ausgefallen (Fall 1. oben), so ist nach der Subtraktionsmaxime, wo der Gegenbeweis den Hauptbeweis vernichtet, und selbst dabei zu Grunde geht, gar nichts erwiesen, es muß folglich auf den Schiedseid rekurrirt und nach der hierüber abgegebenen Erklärung erkannt, der Beklagte demnach verurtheilt werden, wenn er die Erklärung auf den Eid versäumt hatte.

Nach der Bevorzugungsmaxime erscheint aber der Gegenbeweis als nicht verbrauchter unvollständiger Unschuldsbeweis, somit als Vormauer gegen den Schiedseid, als materielle Gewissensvertretung. Es muß daher in allen Fällen auf einen Notheid erkannt, und darf niemals auf den Schiedseid rekurrirt oder definitive gesprochen werden.

b. Ist aber der Gegenbeweis stärker ausgefallen als der Hauptbeweis (Fall 2 oben), so bleibt nach der Subtraktion der beiden Beweise ein Rest, welcher als materielle Gewissensvertretung erscheint. Auch nach dem Subtraktionsprinzip muß also dann auf einen Notheid erkannt werden, wenn dieser Rest anders ausreichend erscheint (und wenn man überhaupt bei der Gewissensvertretung die Notheide zuläßt, was bekanntlich in neuerer Zeit angestritten wurde). Der Notheid wird entweder dem Reprobanten als Suppletorium, oder dem Probanten als Purgatorium aufgelegt. Letzteres wird regelmäßig geschehen. Repräsentirt endlich der Rest nicht einmal eine Viertelsprobe, so muß auf den Schiedseid rekurrirt werden.

Nach der Bevorzugungsmaxime muß dagegen immer auf einen Notheid erkannt werden und ist derselbe immer dem Reprobanten aufzulegen, wenn sein Gegenbeweis an und für sich betrachtet vollständig oder doch fast vollständig gelungen ist. —

Aus der ganzen Zusammenstellung ergibt sich, daß zwischen dem Subtraktions- und der Bevorzugsmaxime Unterschiede genug im praktischen Resultat bestehen, um die Bedeutung der Frage zu würdigen, welche von beiden Maximen den Vorzug verdient.

§. 5.

Rationelle und positive Begründung der Bevorzugungsmaxime.

Im §. 2 wurde das Subtraktionsprinzip aus rationellen Gründen gerechtfertigt. Es spricht hiefür die Natur der Sache und deßhalb hat sich denn auch die herrschende Ansicht zu Gunsten dieser Maxime erklärt.

Frägt man nun aber, für welche von beiden Maximen sich die Gesetze entscheiden, so ist darauf unbedenklich zu antworten: für die Bevorzugungsmaxime. Gesetzlich begründen läßt sich bloß die Bevorzugungsmaxime. Es sprechen hiefür: 1. fast alle Beweisstellen des Röm. und Kanon. Rechts, namentlich

l. 21 §. 3 D. de test. c. 33 X. eodem c. 3 X. de probat.

Während es nämlich bei der Collision der von einer und derselben Partei produzirten Urkunden in c. 14 Cod. de fide instrum. heißt:

»Scripturae diversae sibi invicem fidem derogantes ab una eademque parte prolatae nihil firmitatis habere poterunt«, —

sagt die Ueberschrift zu c. 33 X. de test.:

»Si actoris et rei testes contraria deponant, fidem sibi non derogant, sed praevalent digniores et verisimiliora deponentes, et si in caeteris est paritas, numerus praefertur.«

Während also bei collidirenden Urkunden in dem singulären Fall, da dieselben von einer und derselben Partei in Vorlage gebracht wurden, die Kaiser Diocletian und Maximian ausdrücklich vorschreiben, daß gar nichts durch sie bewiesen werde, weil sie sich gegenseitig entkräften, — sagt die Ueberschrift zu c. 33 X. de test., daß die Probatorial- und Reprobatorialzeugen sich gegenseitig nicht aufheben, sondern daß diejenigen vorzuziehen seien, welche würdiger, deren Aussagen wahrscheinlicher, und wenn auch hierin Gleichheit, deren Anzahl größer ist.

»Quia etiam ad multitudinem tantum respici non oportet etc.« — wie es in der Stelle selbst heißt.

vgl. auch l. 21 §. 3 D. eodem. »si testes omnes etc.«

Nun könnte man zwar einwenden, daß bei größ'rer Würdigkeit oder Anzahl der Zeugen auf der einen Seite, die Ausdrücke: »praeferre« und »praevalere« ebensogut vom Subtraktions-, wie vom Bevorzugungsprinzip verstanden werden können; denn sie wollen ja bloß sagen, daß auf jener Seite, wo die glaubwürdigeren oder die mehreren Zeugen sind, ein Uebergewicht bestehe, was ja auch beim Subtraktionsprinzip der Fall ist, wo jenes Uebergewicht restirt. Allein einmal sind die Folgen doch verschieden, wenn die Probatorialzeugen vorgezogen, als wenn beide Beweise von einander abgezogen werden, weil im 1. Fall immer auf einen Notheid, und jedesmal auf den Notheid des Probanten zu erkennen ist. (S. unten nr. 3.) Abgesehen hievon verliert aber der ganze Einwurf seine Bedeutung, wenn wir jene Stelle in's Auge fassen, die von dem Fall handelt, da auf beiden Seiten völlige Gleichheit der Beweise ist. Ich meine das

c. 3 X. de probat.

Hier sagt der Pabst:

»Quodsi ambarum partium testes sunt aeque idonei, possessoris testes praeferuntur, cum proniora jura sunt ad absolvendum quam ad condemnandum: praeterquam in liberali causa, in qua si utriusque partis testes (forte) aequales fuerint, pro libertate (tamen semper) sententia proferetur.«

Also auch dann, wenn Beweis und Gegenbeweis nach allen Beziehungen gleichstark ausgefallen sind und folglich nach dem Subtraktionsprinzip eine völlige Entkräftung eintritt, gebraucht das Gesetz doch nicht den Ausdruck »nihil firmitatis habere possunt«, oder »fidem sibi derogant«, es sagt auch nicht: »reus absolvitur«, oder »partes rei praeferuntur«, — sondern es bedient sich geradeso, wie im Fall des Uebergewichts auf des Beklagten Seite, des Ausdrucks: »praeferuntur testes rei«. Es sollen also die beklagtischen Zeugen vorgezogen,[9])

[9]) Beim Subtraktionsprinzip kann der Ausdruck „vorziehen" bloß dann gebraucht werden, wenn ein Uebergewicht auf der einen Seite ist, nicht aber dann, wenn völlige Gleichheit besteht.

d. h. es soll ihren Aussagen mehr Glauben geschenkt und deßhalb der Beklagte absolvirt werden. Aus der völligen Verschiedenheit der Ausdrucksweise folgt bis zur Evidenz: a. Daß das Gesetz den Collisionsfall bei widersprechenden Zeugen nicht nach dem Subtraktionsprinzip, sondern nach der Bevorzugungsmaxime entschieden haben wolle. Es folgt aber daraus auch: b. Daß das Gesetz die Bevorzugungsmaxime bei völliger Gleichheit von Beweis und Gegenbeweis nicht in dem Sinn verstanden und angewendet haben wolle, daß der Richter keine stärkere Ueberzeugung von der Schuld des Beklagten gewonnen habe, als von seiner Unschuld, und ihn deßhalb absolvirt (s. Note 8), — sondern vielmehr: c. In dem Sinn, daß er die größere Ueberzeugung von der Unschuld des Beklagten und also keine Ueberzeugung von seiner Schuld hat, und ihn aus diesem Grund losspricht.

Vollkommen in Einklang hiemit steht denn auch die ratio legis. Als Grund der Bevorzugung der testes rei gibt der Papst an:

»cum proniora jura sunt ad absolvendum quam ad condemnandum«. (vgl. auch l. 125 D. (de reg. juris): »favorabiliores rei potius quam actores habentur«).

Der Richter befindet sich demnach in der Zweifelslage, zu wessen Gunsten er entscheiden soll, und im Zweifel ist bekanntlich zu Gunsten des Beklagten zu erkennen. Offenbar kann aber der Richter in dieser Zweifelslage nur dann verharren, wenn beide Beweise nebeneinander stehen bleiben. Werden sie von einander subtrahirt, so kann der Richter unmöglich in Zweifel sein, weil ja dann gar nichts erwiesen ist, weder für, noch gegen den Kläger (und Probanten), der Beklagte (und Reprobant) somit nach dem Satz »actore non probante reus absolvitur« losgesprochen werden müßte.

Allerdings ist — von der eventuellen Eidesdelation abgesehen (s. §. 4 nr. 4) — das praktische Resultat dasselbe, ob man nach der einen oder andern Maxime erkennt; — immer wird der Beklagte absolvirt; auch liegt in der Subtraktion der beiden Beweise stets eine Bevorzugung der testes rei. So lange

aber nicht nachgewiesen werden kann, daß jene verschiedenen Ausdrücke vom Gesetzgeber als Synonyma gebraucht wurden, daß sie also nur sprachlich, nicht aber auch sachlich verschieden sind, — solange also nicht dargethan werden kann, daß nicht bloß das Resultat dasselbe, sondern auch die Operation die gleiche ist, das Gesetz mag sagen: »testes rei praeferuntur«, oder »scripturae diversae fidem sibi derogant«, — solange also nicht bewiesen werden kann, daß jene so verschiedenen Ausdrucksweisen nur ein und dasselbe sagen wollen, — solange muß man annehmen, daß sie eben der Ausdruck für verschiedene Maximen, für verschiedene Operationen sein sollen.

Was sodann: 2. Die Frage nach der Auflage eines Notheides betrifft, wenn der Hauptbeweis stärker ausgefallen, als der Gegenbeweis, so findet sich hierüber weder im Röm., noch Kanon. Rechte eine ausdrückliche Bestimmung. Die Worte: »credendum est etc.« confirmabit judex motum animi sui« (l. 21 §. 3 D. de test.), dann: »praevalent digniores et verisimiliora deponentes«, und »praefertur numerus« (c. 33 X eodem) beziehen sich offenbar auf das Endurtheil; noch entschiedener aber die Worte der letzten Stelle:

»pro archidiacono sententiam proferatis«, und: »— — ab impetitione archidiaconi absolvatis«,

endlich die Worte des c. 3 X. de probat.:

»Quodsi ambarum partium testes sunt aeque idonei, possessoris testes praeferuntur, cum proniora jura sunt ad absolvendum quam ad condemnandum.«

Daher sagt auch Gesterding (Nachforsch. IV. 2. S. 136) (S. Note 4 oben), es sei ein bemerkenswerther Satz des Röm. und Kanon. Rechts, daß ungleiche Zeugenaussagen sich keinen Abbruch thun, sondern daß die stärkeren den Vorzug haben, mit gänzlicher Beiseitsetzung der andern. Gesterdings Ansicht hat aber bereits an Schmid einen Gegner gefunden, der in seinem

Handbuch Bd. II S. 240 Note 5

bemerkt, im Röm. und Kanon. Recht sei nur gesagt, daß der

Richter für denjenigen, dessen an sich vollständiger Beweis das Uebergewicht hat, erkennen müsse und seinem Beweis den Vorzug geben solle, allein mit keinem Wort sei angedeutet, daß der Richter, wenn er nach jenem Grundsatz für den Kläger und Probanten erkennen müsse, durch den Beweis des Reprobanten in seiner Ueberzeugung nicht so schwankend gemacht werden dürfe, daß er von der in einem solchen Fall sowohl im Röm. als Kanon. Rechte zustehenden Befugniß, seine schwankende Ueberzeugung durch das Erfodern eines nothwendigen Eides zur Entschiedenheit zu bringen, Gebrauch machen könne.

Nach Schmid's Ansicht läßt sich also die Auflage eines Notheides, wenn der Hauptbeweis vorzuziehen ist, mit den obigen Stellen der Hilfsrechte ganz gut in Einklang bringen. Meines Erachtens weist aber sogar der Wortlaut des c. 3 X. de test. auf jene Entscheidung hin. Ist nämlich:

a. Das Uebergewicht auf Seite des Reprobanten und Beklagten, so sagt der Pabst:

»— — ab impetitione archidiaconi absolvatis monachos.«

Von einem Notheid kann also hier keine Rede sein. Ist aber:

b. Das Uebergewicht auf Seite des Probanten und Klägers, so sagt der Papst bloß:

»pro archidiacono sententiam proferatis«.

Er spricht also nicht von einem verurtheilenden, wie im vorigen Fall von einem lossprechenden Erkenntniß. Von einem Definitivurtheil ist nur dann die Rede, wenn die Reprobatorialzeugen, nicht aber auch dann, wenn die Probatorialzeugen vorgezogen werden. Das Wort »sententia« bedeutet zwar nach Röm., nicht aber auch nach Kanon. Recht ausschließend das Endurtheil.

Wenn nun aber unter der »sententia pro archidiacono et actore« nicht das Definitivurtheil zu verstehen ist, so muß darunter das Urtheil auf den Notheid des Klägers verstanden werden, welches ja auch ein Condemnationsurtheil be-

deutet, aber nur ein bedingtes.[10]) Es ergibt sich hieraus aber

3. Daß der Notheid nur dem Probanten und Kläger, niemals aber dem Reprobanten und Beklagten gegeben werden kann; denn das Urtheil auf das Purgatorium des Beklagten wäre ja eine Sentenz zu Gunsten des letzter'n und nicht des Klägers, weil sie absolutorisch lauten und der Beklagte den Eid in die Hand bekommen würde.[11])

Dasselbe ergibt sich denn auch aus den übrigen Belegstellen, nämlich aus l. 21 §. 3 D. de testib. und c. 33 X. eodem. Nach l. 21 soll der Richter seine Ueberzeugung aus jenen Zeugnissen schöpfen:

»quibus lux veritatis magis adsistit«

In der 2. Stelle heißt es aber:

»praevalent digniores et verisimiliora deponentes, et si in caeteris est paritas, numerus praefertur.«

Zieht nun der Richter die wahrscheinlicheren Aussagen, resp. die mehreren Zeugen vor, so muß er entweder definitive, oder auf den Notheid des bevorzugten Theils erkennen, denn wollte er dem Gegner der Notheid geben, so würde er ja diesen bevorzugen! —

Obgleich nun durch die gesetzliche Begründung der Bevorzugungsmaxime alle für das Subtraktionsprinzip sprechenden rationellen Gründe von selbst hinweggefallen, so soll doch auf deren Widerlegung noch besonders eingegangen, d. h. versucht werden, die Bevorzugungsmaxime auch rationell zu rechtfertigen.

1) Aus dem natürlichen Verhältniß des Angegriffenen zum

---

[10]) Das Urtheil auf den Notheid enthält zugleich das Endurtheil: „Beklagter ist zu verurtheilen, vorausgesetzt, daß Kläger vorher das Suppletorium über die Klage ableistet."

[11]) Das Urtheil würde dann lauten:

„Der Beklagte ist zu absolviren, vorausgesetzt, daß er vorher das Purgatorium gegen den Klagegrund abschwört."

Angreifenden soll der Satz folgen, Hauptbeweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke heben sich gegenseitig auf, so daß gar nichts bewiesen ist, und nach dem Axiom: »actore non probante reus absolvitur« zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden muß. Da nun aber eine der 2 Parteien nothwendig Recht haben muß, und folglich eine der beiden Behauptungen wahr, einer von den beiden Beweisen der richtige sein muß, — so scheint es dem richterlichen Ansehen förderlicher, der Natur der Sache entsprechender zu sein, wenn der Richter bei collidirenden gleichstarken Beweisen sagt: „Ich habe eine Ueberzeugung, wenn auch nur eine unvollständige und zwar von der Unschuld des Beklagten", — als wenn er sagt: „Ich habe gar keine Ueberzeugung, weder von der Wahrheit noch von der Unwahrheit der Klage, und muß daher bei eventueller Eidesdelation auf den Schiedseid rekurriren." Es ist ebenso der Natur der Sache entsprechender, wenn der Richter bei stärkerem Klagsbeweis sagt: „Der Kläger hat mich mehr überzeugt als der Beklagte, denn er hat vollständig bewiesen, der Beklagte nur mehr als halb, ich erkenne daher zu des Klägers Gunsten, wenn nicht definitive, so doch auf dessen Suppletorium", — als wenn der Richter sagt: „der Kläger hat vollständig bewiesen, der Beklagte mehr als halb, ich gebe daher dem Beklagten das Purgatorium wider den nach der Subtraktion beider Beweise verbleibenden Rest, da dieser eine Viertelsprobe ausmacht".

2) Beim Subtraktionsprinzip haben wir einen allmähligen Uebergang von der Lossprechung zur Verurtheilung, wir haben da eine aus 3 möglichen Entscheidungen gebildete Skala. Hat nämlich:

a. Der Beklagte gleichstark oder stärker bewiesen, als der Kläger, so wird er absolvirt. Hat aber:

b. Der Kläger einigermaßen stärker bewiesen, so bekömmt Beklagter das Purgatorium, wenn anders der Rest des Hauptbeweises eine Viertelsprobe ausmacht. Hat endlich:

c. der Kläger ein so bedeutendes Uebergewicht für sich

daß es eine mehr halbe Probe beträgt, so erhält er das Suppletorium.

Beim Bevorzugungsprinzip fehlt nun aber das Verbindungs- und Mittelglied jener Skala, nämlich das Purgatorium, und zwar zum Schaden des Beklagten, der doch als angegriffener Theil im Vortheil sein sollte. Der Kläger bekömmt nämlich hier das Suppletorium, wenn der Klagsbeweis stärker ist als der Gegenbeweis, die Differenz zwischen beiden mag groß oder gering sein.

Dieser Mißstand, nämlich der Ausfall des Purgatorii, läßt sich nun freilich nicht in Abrede stellen, nur darf man nicht sagen, daß hierin eine Beeinträchtigung des Beklagten liege. Denn der betreffende Nachtheil wird durch denselben Vortheil reichlich wieder aufgewogen, wenn der Eid eventuell deferirt wurde, was ja regelmäßig zu geschehen pflegt. Ist nämlich hier das Uebergewicht auf Seite des Beklagten und Reprobanten, so bekömmt nach dem Subtraktionsprinzip der Kläger das Purgatorium, wenn jenes Uebergewicht nicht bedeutend ist, nach dem Bevorzugungsprinzip erhält aber immer der Beklagte das Suppletorium, die Differenz zwischen Haupt- und Gegenbeweis mag noch so gering sein. Ja wenn der Beklagte auf den Schiedseid keine Erklärung abgegeben hatte, so erhält er das Suppletorium sogar dann, wenn beide Beweise gleichstark und wenigstens halb ausgefallen sind, während hier nach dem Subtraktionsprinzip auf den Schiedseid rekurrirt, der Beklagte also verurtheilt werden muß. — Endlich spricht:

3) Auch noch ein Opportunitätsgrund für die Bevorzugungsmaxime. War nämlich der Eid eventuell deferirt, und vom Delaten acceptirt worden, war ferner der Gegenbeweis stärker ausgefallen als der halbe Hauptbeweis, so kömmt bei Annahme des Subtraktionsprinzips der Probant zum Purgatorium, wenigstens nach meiner Ansicht, wonach ein Verzicht des Delaten auf seine $1/4$ Gegenprobe (materielle Gewissensvertretung) nicht zulässig ist.

S. die Abhandl. XII. §. 3 IV. B. nr. 1 b.

Der Reprobant ist folglich schlimmer daran, wenn er mehr

als der Probant bewiesen hatte; denn bewies er ebensoviel, so kommt er ja zum Schiedseid. Beim Bevorzugungsprinzip fällt aber diese Anomalie hinweg, und der Reprobant kömmt zum Eid (Suppletorium oder Schiedseid), er mag ebenso stark oder stärker bewiesen haben, als der Deferent und Probant. —

So hat denn die vorstehende Untersuchung bei jedem Schritt gezeigt, daß die Bevorzugungsmaxime nicht bloß einen gesetzlichen Boden hat, sondern auch rationell gerechtfertigt werden könne.[12])

---

[12]) Was das bayer. Recht betrifft, so sind folgende Abweichungen vom gemeinen Recht hervorzuheben:

1) Der Collisionsfall ist bald nach dem Subtraktions-, bald nach dem Bevorzugungsprinzip zu entscheiden.*) Nach dem letzter'n dann, wenn beide Beweise vollständig gelungen sind

vgl. G.-O. c. 10 §. 20 nr. 7. Meine vergleichende Darstellung S. 233 nr. 1 u. 2. Meine Abhandlung v. J. 1856 in der Gießner-Zeitschrift Bd. 13 S. 220—224,

nach dem Subtraktionsprinzip aber in dem Fall, wenn beide Beweise, oder einer von beiden unvollständig ausgefallen ist.

Vgl. G.-O. c. 10 §. 20 nr. 1—6. Meine Abhandl. v. J. 1850 in von Linde's Zeitschrift Bd. 7 S. 307 a. E. bis 316.**)

2) Die größere Anzahl der Zeugen entscheidet nicht mehr, wenn beide Beweise vollständig ausgefallen sind. c. 10 §. 20 nr. 7. Umgekehrt kömmt:

3) Die größere Wahrscheinlichkeit der Aussagen bei unvollständigem Beweis oder Gegenbeweis nicht in Betracht, und entscheidet bloß dann, wenn beide Beweise vollkommen gelungen sind, und also nach dem Bevorzugungsprinzip zu entscheiden ist. Denn nur in diesem Fall soll der Richter in Zweifel sein, und hat er daher eine genaue Vergleichung der beiden Beweisresultate vorzunehmen. In allen andern Fällen wird subtrahirt, und kann also von einer Zweifelslage keine Rede sein; die größere Wahrscheinlichkeit der Aussagen entscheidet also hier gar nicht.

*) Anmerkung: Abweichend ist meine vergleichende Darstellung (S. 233, 235—238) und meine Abhandlung vom Jahre 1856 S. 230—233, wo ich ausschließend das Subtraktionsprinzip zu Grund legte und verfocht.

**) Anmerkung: Daran habe ich jetzt nur das zu tadeln, daß ich bei Annahme des Bevorzugungsprinzips immer definitiv erkannt haben wollte. Sind beide Beweise vollständig gelungen und die Aussagen der Probatorial-

§. 7.

II. Collision der Urkunden.

Zwei oder mehrere Urkunden widersprechen sich — sagt Seuffert — wenn sie eine und dieselbe Thatsache so verschieden darstellen, daß mit der Wahrheit der einen Darstellung nothwendig die völlige Falschheit der andern angenommen werden muß.

Commentar 2. Aufl. Bd. 3 S. 250.

Läßt sich nun der Widerspruch zwischen den collidirenden Dokumenten auf dem Weg der Auslegung nicht heben

vgl. Böhmer de coll. probat. c. 3 §. 3.,

so sind zwei Fälle wohl zu unterscheiden (und hierin differiren widersprechende Urkunden von widersprechenden Zeugen):

A) Die widersprechenden Urkunden wurden von einer und derselben Partei produzirt.

B) Sie wurden von beiden Theilen in Vorlage gebracht.

ad A) Im 1. Fall ist nicht nach dem Bevorzugungsprinzip, sondern nach der Subtraktionsmaxime zu entscheiden. Die

c. 14 Cod. de fide instrum.

sagt nämlich:

»Scripturae diversae sibi invicem fidem derogantes ab una eademque parte prolatae nihil firmitatis habere poterunt.«

Die beiden Dokumente entkräften sich also gegenseitig, ohne Unterschied, ob sie von gleicher oder ungleicher Stärke sind (wenn also gleich die eine Urkunde eine öffentliche, die andere ein Privatinstrument ist, die eine fehlerfrei, die andere mangelhaft ist). Wenn sie sich aber gegenseitig aufreiben, so ist nichts bewiesen, und es muß daher nach dem Grundsatz »actore non

---

zeugen wahrscheinlicher, oder wurde im umgekehrten Fall der Schiedseid eventuell deferirt, so muß auch nach dem Bevorzugungsprinzip auf einen Nothеid erkannt werden, welcher im ersten Fall dem Probanten, im zweiten Fall dem Reprobanten aufzulegen ist. S. oben §. 3 u. 4.

probante reus absolvitur« gegen den Produzenten erkannt werden.

Dieselbe Vorschrift findet sich im

c. 23 X. (2. 22),

wo auch die ratio legis angegeben ist, mit den Worten: »imputari ei potest, qui contrarias inter se scripturas judicio protulit, fidem sibi ad invicem derogantes, cum in ipsius fuerit potestate quam voluerit non proferre.«

Vgl. auch Böhmer de coll. probat. c. 3 §. 2—8. Bayer. G.-O. c. 11 §. 11 nr. 2.

Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die Produktion freiwillig geschah. Denn wurde der Produzent in Folge eines gegnerischen Editionsgesuchs durch richterlichen Auftrag hiezu veranlaßt, so ist ja nicht mehr der 1., sondern der 2. Fall gegeben. Zwar hat der Produzent auch die widersprechende Urkunde vorgelegt, allein nicht für sich und in seinem Namen, sondern für den Gegner und auf dessen Verlangen, also nicht freiwillig, sondern unfreiwillig.

Vgl. Böhmer l. c. §. 4. G.-O. c. 10 §. 10 nr. 3 und die Anmerkung b hiezu.

ad B) Im 2. Fall, wenn nämlich die widersprechenden Urkunden von beiden Theilen produzirt wurden, kann meines Erachtens nicht nach dem Subtraktions-, sondern es muß nach dem Bevorzugungsprinzip erkannt werden. Hiefür spricht einmal a) das argumentum e contrario aus obigen Gesetzesstellen, und dann b) die Analogie der übrigen Collisionsfälle.

ad a) Hätte nämlich der Gesetzgeber das Subtraktionsprinzip auch in dem Fall angewendet haben wollen, da die collidirenden Urkunden von beiden Theilen produzirt wurden, so würde er allgemein gesprochen, und seine Entscheidung »nihil firmitatis habere poterunt« nicht für den singulären und noch überdieß selt'ner vorkommenden Fall gegeben haben, wo die Produktion der widersprechenden Dokumente von einer Partei geschehen war! —

Muß ferner ad b) bei widersprechenden Zeugen das Bevorzugungsprinzip zu Grunde gelegt, und darnach entschieden werden, so erfodert es die Consequenz, bei widersprechenden Urkunden geradeso zu verfahren, wenn keine entgegenstehenden Gesetzesvorschriften vorliegen. Doch zeigt sich hier — was die Feststellung der beiden Beweisresultate betrifft — wieder ein Unterschied zwischen den beiden Collisionsfällen.

Sind nämlich: 2. die widersprechenden Urkunden von verschiedener Qualität, so verschwindet die schwächere Urkunde gegen die stärkere, und hat diese unbedingt den Vorzug vor jener. Daher geht das Protokoll im Collisionsfall dem daraus gefertigten Instrument vor, z. B. das Hypothekenprotokoll dem Hypothekenbrief, denn ersteres ist das referens, letzt'rer das relatum. Ferner geht das unmangelhafte Dokument dem mangelhaften, und bei zwei fehlerfreien Urkunden das documentum publicum dem documentum privatum vor,

vgl. Böhmer l. c. §. 11,

und es muß in allen diesen und ähnlichen Fällen definitiv zu Gunsten der Partei erkannt werden, welche die der Qualität nach stärkere Urkunde für sich hat. Hieher gehört auch der Fall, wenn der Eintrag in das Handelsbuch mit dem Schuldschein collidirt; hier hat der letztere als documentum contra scribentem unbedingt den Vorzug vor dem ersteren, der ein documentum pro scribente ist, und kann durch letzteres nicht im Mindesten affizirt werden.

Vergl. Leyser Med. ad Pand. Spec. 280 Medit. 5 (Bd. 4 S. 378).

Während also ein mangelhafter (exzeptionsmäßiger) Zeuge die übereinstimmende Aussage zweier klassischen Zeugen affizirt, kann eine mangelhafte Urkunde einer fehlerfreien nicht präjudiziren, ja nicht einmal eine Privaturkunde einer öffentlichen, obwohl jene wie diese an und für sich betrachtet vollen Beweis macht. Worin liegt aber der Grund dieses gewichtigen Unterschieds? Meines Erachtens vielleicht in Folgendem: Bei widersprechenden Zeugen ist eine Vereinigung, resp. Aufklärung un-

denkbar, soferne sie über denselben Vorgang als zur selben Zeit geschehen verschieden constatiren; bei widersprechenden Urkunden ist aber eine Vereinigung in der Art möglich, daß angenommen wird, es sei am nämlichen Tag noch eine Abänderung des betreffenden Rechtsgeschäfts vorgenommen worden, und zwar in der stärker beweisenden Urkunde; das fehlerfreie Dokument, resp. das instrumentum publicum sei also der Zeit nach später gefertigt worden, als das fehlerhafte, resp. das documentum privatum. Ist aber das der Fall, dann muß natürlich das später errichtete Dokument dem früher gefertigten unbedingt vorgehen, es verwandelt sich aber dann der direkte Gegenbeweis in einen indirekten, wenn anders der Reprobant das stärker beweisende Dokument für sich hat.

Sind nun aber die widersprechenden Urkunden von gleicher Qualität, d. h. sämmtlich fehlerfrei, und durchgängig öffentliche, oder Privatdokumente, dann wird, nach Analogie des betreffenden Collisionsfalles bei Zeugen, zunächst die größere Wahrscheinlichkeit des Inhalts, dann die stärkere Anzahl der auf der einen oder andern Seite befindlichen Urkunden, hierauf die Natur der Streitsache, und caeteris omnibus paribus die Parteirolle entscheiden.

Vgl. Böhmer l. c, c. 3 §. 12 u. 13.

Alle diese Momente werden aber, wie bei collidirenden Zeugen, dem betreffenden Beweis ein Uebergewicht verleihen, oder richtiger die Verminderung des gegenüberstehenden Beweises bewirken, ohne jedoch dessen gänzliche Vernichtung herbeizuführen.

S. oben §. 1.

Die Entscheidung des Collisionsfalls erfolgt dann, wie schon bemerkt, nach dem Bevorzugungsprinzip und in der Weise, daß zu Gunsten des Reprobanten definitive gesprochen werden muß, wenn der Gegenbeweis den Vorzug verdient, auf den Notheid des Reprobanten, wenn in diesem Fall der Schiedseid deferirt wurde, — auf den Notheid des Probanten, wenn der Hauptbeweis den Vorzug hat.

Ebenso nach bayer. Recht, G.-O. c. 11 §. 10.

Nach dem Subtraktionsprinzip entscheidet jedoch

Leyser l. c. Bd. 4 S. 378

»— — Si nihil ex his apparet, ambo corruunt.« Und in der Ueberschrift: »Instrumenta contraria ab uno et a diversis prolata nil probant.«

Das Subtraktionsprinzip habe ich früher zu Grund gelegt in meiner Abhandlung in

Linde's Zeitschrift Bd. 13 S. 234 und 237,

und nach bayr. Recht in meiner vergleichenden Darstellung S. 238— 241. Meiner Ansicht folgte in neuerer Zeit

Langenbeck Beweisführung Bd. III S. 871. β,

welcher sich gleichfalls für die Subtraktionsmaxime erklärte.

§. 8.

III. Collision der Zeugen und Urkunden.

Dieser Collisionsfall bietet entschieden die meisten Schwierigkeiten dar, schon aus dem Grunde, weil hierüber die widersprechendsten Gesetzesstellen vorliegen. Während nämlich die

c. 15 Cod. de fide instrum. (4. 21.)

vorschreibt:

»In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium«, —

sagt Paulus in seinen Sentenzen lib. 5 tit. 15:

»— — testes adversus scripturam interrogari non posse.«

Ganz entgegengesetzt rescribirt dagegen Hadrianus in fr. 3 §. 3 D. de testibus:

»Se testibus, non testimoniis crediturum.«

Und übereinstimmend hiemit sagt Justinian in der Nov. 73. cap. 3:

»Si literarum fides a voce testium discrepat, tunc nos quidem existimavimus ea, quae viva dicuntur voce et cum

jurejurando: haec digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se subsistere.«

Und ebenso sagt der Pabst in c. 1 X. de fide instrum.:

»Quodsi testes aliter, quam in instrumento scriptum est, deponant, major testium fides esse debeat.«

Es frägt sich nun, wie sind diese widersprechenden Stellen über collidirende Zeugen und Urkunden zu vereinigen? —

Die Ansichten der älteren Schriftsteller sind sehr getheilt. Die Mehrzahl derselben (Treutlerus, Baldus ꝛc. ꝛc. ꝛc.) gibt den Zeugen den Vorzug vor den Urkunden, und ist diese Ansicht auch in unsere G.-O. übergegangen.

Vgl. c. 11 §. 11 a. E.

Dagegen stellt Leyser die Urkunden den Zeugen gleich.[13])

Böhmer und Menochius aber geben caeteris omnibus paribus den Urkunden den Vorzug, vorausgesetzt natürlich, daß ein wahrer Collisionsfall gegeben ist, d. h. daß die Zeugen den Inhalt und nicht etwa bloß die Aechtheit der Urkunde anfechten. Die neueren Schriftsteller setzen aber, gestützt auf c. 15 Cod. (4. 20), die Zeugen und Urkunden hinsichtlich der Beweiskraft in eine Categorie, und beziehen die conträren Stellen, welche den Zeugen den Vorzug geben, auf die Anfechtung der Urkunde durch die Instrumentszeugen.

Vgl. Gensler im Archiv Bd. 4 S. 238.
v. Linde Lehrbuch (7. Aufl.) §. 320.
Martin Lehrbuch §. 191 a. E.
v. Bayer 8. Aufl. S. 993.
Osterloh Lehrbuch II. S. 141.
Martin Vorlesungen II. S. 231 a. E. u. 232.
Langenbeck Beweisführung III. S. 871 c.

---

[13]) Leyser in seinen Meditat. ad Pand. spec. 71 de actuariis sagt in der Ueberschrift: »Duo testes fidem registraturae aequant, non superant.« Und dann im Text: »— registratura duobus testibus aequipollet, ut scilicet, quum ex duobus litigatoribus alter registraturam, alter duo testes pro se habet, perinde sit, ac si neuter quid probasset.«

Zeugen und Urkunden haben also in der Regel gleiche Beweiskraft, doch gibt es verschiedene Fälle, wo der Urkundenbeweis ausnahmsweise den Vorzug vor dem collidirenden Zeugenbeweise hat, und zwar in dem Sinn, daß der entgegenstehende Zeugenbeweis ganz und gar wirkungslos ist. Ich verweise bezüglich dieser Ausnahmsfälle auf

v. Bayer S. 993—995. G.=O. c. 11 §. 11
Meine vergl. Darstellung S. 243—244 u. meine Abhdl. in Linde's Zeitschrift Bd. 14. S. 52—56.

So ist wider dispositive Urkunden der Gegenbeweis überhaupt ausgeschlossen, wider das gerichtliche Protokoll nur beschränkt zulässig, d. h. es ist zwar erlaubt, die Unvollständigkeit des Protokolls darzuthun, nicht aber die absolute Unrichtigkeit desselben.

Lotz civil. Abhdl. III S. 75 flgd.

Haben nun aber Zeugen und Urkunden im Allgemeinen gleiche Beweiskraft, so werden bei Bildung der beiden Beweisresultate alle die Rücksichten entscheidend sein, die wir bereits als relativ einflußreich kennen gelernt haben, namentlich die Rücksicht auf größere Wahrscheinlichkeit des Inhalts, auf das Uebergewicht der Zahl, und endlich auf die Parteirolle,

vgl. Böhmer de collis probat. §. 15,

und es muß natürlich der Collisionsfall, analog den übrigen, nach dem Bevorzugungsprinzip, entschieden, d. h. dem Probanten der Nothеid gegeben werden, wenn das Uebergewicht auf seiner Seite ist, und der Hauptbeweis, an und für sich betrachtet, vollständig oder doch über die Hälfte gelungen war.

Für das Subtraktionsprinzip erklärte ich mich früher nach gemeinem und bayer. Recht

S. meine vergleichende Darstellung S. 241—244 u. meine Abhdl. l. c. S. 49—52 u. S. 55 a. E.

Was insbesondere die Instrumentszeugen betrifft, so versteht man darunter diejenigen Zeugen, welche speziell zu dem betreffenden Akt, sei es zur Errichtung der Urkunde, oder doch zur Unterzeichnung derselben beigezogen wurden. (Zeugen,

welche dem Akt bloß gefällig beiwohnten, sind testes extranei). Es ist aber nicht nothwendig, daß sie in dem Dokument als Zeugen aufgeführt sind, oder dasselbe mitunterzeichnet haben, wiewohl das eine oder andere in der Regel zu geschehen pflegt.

Gensler lehrt über die Instrumentszeugen eines doc. quasi publ.:

„Im Falle dieselben eidlich bekunden, das Geschäft sei anders abgeschlossen worden, als in der Urkunde steht, so sinkt hiedurch die Beweiskraft jenes Dokuments, oder verschwindet gänzlich."

Noch unbestimmter drückt sich Martin a. a. O. aus, welcher sagt:

„Zeugen, welche mit Urkunden collidiren, genießen den Vorzug vor diesen, wenn sie als Instrumentszeugen gegen die Urkunde selbst mit Bestimmtheit aussagen." —

Um näher auf die Sache einzugehen, möchte ich in folgender Weise unterscheiden:

Erster Fall: Die Instrumentszeugen deponiren gegen den Inhalt der Urkunde, und waren also nicht bloß bei der Unterzeichnung, sondern auch bei der Errichtung der Urkunde, d. h. beim Abschluß des Geschäfts, zugegen, oder wissen wenigstens, wie dasselbe zu Stande kam.

Zweiter Fall: Sie widersprechen ihre Gegenwart bei dem Akt, leugnen also die Echtheit ihrer Unterschrift.

ad 1. Wenn die Instrumentszeugen ihre Unterschrift anerkennen, aber gegen den Inhalt der Urkunde aussagen, so haben sie, gleich den testes extranei, die nämliche Beweiskraft, wie die Urkunde. Geht jedoch aus ihren Aussagen hervor daß bei Errichtung der Urkunde ein Betrug oder Irrthum vorgegangen ist, weil dieselbe z. B. anders, als ihr Inhalt lautet, vorgelesen wurde, und hatte der Produkt die betreffende Einwendung auch wirklich vorgeschützt (daß er und die Zeugen durch Betrug zur Unterschrift veranlaßt worden seien), — so haben die Instrumentszeugen unbedingt den Vorzug vor der Urkunde, und ist bloß ihnen und nicht der Urkunde Glauben zu schenken.

Denn der Produkt hat hier nicht nur den Beweissatz, sondern auch das Beweismittel angegriffen, er hat also beide Arten des direkten Gegenbeweises geführt, und zwar durch die Instrumentszeugen. Dieser Doppelbeweis hätte indessen auch durch testes extranei geliefert werden können, welche zufällig bei der Errichtung der Urkunde zugegen gewesen und nun darüber deponiren, daß das Geschäft ganz anders abgeschlossen worden, als die darüber aufgenommene Urkunde besage, und daß letztere anders vorgelesen wurde, als nach ihrem wahren Inhalte.

ad 2. Wenn aber die über die diffitirte Urkunde vom Produzenten vorgeschlagenen Instrumentszeugen ihre Anwesenheit beim Akt und also die Echtheit ihrer Unterschrift ableugnen, soferne diese beigefügt ist, dann ist gar kein Collisionsfall gegeben, denn der durch die Instrumentszeugen gelieferte Gegenbeweis bezieht sich nicht auf den Beweissatz, sondern lediglich auf das Beweismittel.[14])

IV. **Collision der Vermuthungen.**

§. 9.

A. Mit andern Beweismitteln.

I. Man theilt die Vermuthungen ein in praesumtiones hominis und pr. juris, je nachdem sie bloß in der menschlichen Erfahrung, oder im Gesetz begründet sind. Die pr. juris zerfallen dann in gewöhnliche Rechtsvermuthungen, pr. juris violentae, und pr. juris et de jure.

II. Der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsvermuthungen zeigt sich in der Art und Weise der Anfechtung.

1) Eine gewöhnliche Rechtsvermuthung (z. B. die

---

[14]) Wenn übrigens der Produzent, anstatt den Echtheitsbeweis durch die Instrumentszeugen zu versuchen, vom Produkten den Diffessionseid verlangt, so kann es gar nicht zur Vernehmung der Instrumentszeugen kommen, denn der Produkt darf sich der Ableistung des Eides nicht entziehen, weil nach der communis opinio beim Diffessionseid keine Gewissensvertretung zuläßig ist.

Vgl. Leyser spec. 277 medit. 8.
v. Bayer 7. Aufl. S. 580 a. E. 8. Aufl. S. 859 a. E.

Berufung des Beklagten auf fr. 24 D. (de probat.) »si chirographum cancellatum fuerit etc.«, um vom Beweis der exc. solutionis frei zu werden) kann auf dreifache Weise angefochten werden:

a. Bezüglich des Schlußsatzes, d. h. des Angriffs, oder Gegenangriffs, für welchen die Rechtsvermuthung streitet, indem der Gegner die Unwahrheit desselben darthut, — also im obigen Beispiel beweist, daß die Schuld nicht zurückgezahlt worden sei. Die Vermuthung kann aber auch:

b. Bezüglich des Untersatzes angefochten werden, wenn der Gegner die Unwahrheit der historischen Prämissen darthut, also in unserem Beispiel beweist, daß der Schein nicht durchstrichen worden sei.*) Und endlich:

c. Bezüglich der Schlußfolgerung, d. h. der Anwendung des Obersatzes auf den concreten Fall, indem der Gegner eine Einrede gegen die Wirksamkeit der Rechtsvermuthung beweist, also in unserem Beispiel darthut, daß er den Schein gar nicht durchstrichen habe, daß dieses vielmehr der Schuldner gethan habe, oder daß der Schein zufällig, oder im Scherz durchstrichen worden sei.

Nur im ersten dieser drei Fälle liegt ein Collisionsfall vor, denn der Reprobant greift hier den Beweissatz, nämlich die Zahlungseinrede an, während er in den andern zwei Fällen nur das Beweismittel, nämlich die Rechtsvermuthung anficht.

Die gewöhnliche Rechtsvermuthung kann also bezüglich des Schlußsatzes (eigentlicher Gegenbeweis), des Untersatzes, und der Schlußfolgerung (uneigentlicher Gegenbeweis) angefochten werden, letzteres freilich nur durch eine Einrede gegen ihre Wirksamkeit für den concreten Fall.

2 Bei der pr. juris violenta dagegen ist die letzte

*) Anmerkung: Dieser Gegenbeweis setzt freilich voraus, daß der Hauptbeweis nicht durch Augenschein geführt worden war, d. h. daß der zerrissene oder durchstrichene Schuldschein nicht mehr existirt.

Art der Reprobation, die Anfechtung der Schlußfolgerung auf den vorliegenden Fall unstatthaft, der Gegner wird hier bloß mit dem Beweis des Contrariums der Prämissen oder des Schlußsatzes gehört, denn die pr. juris violenta hat schon, theilweise wenigstens, den Charakter einer Fiktion. Eine pr. juris violenta ist z. B. die Rechtsvermuthung »pater est, quem nuptiae demonstrant«. In der Ehe wird die Vaterschaft des Ehemanns präsumirt, wenn das Kind der Ehefrau nicht früher als im 7. Monat von Eingehung der Ehe an gerechnet zur Welt kam. Wird nun der Ehebruch der Frau während der kritischen Zeit nachgewiesen, so wird die Anwendung der Rechtsvermuthung auf den vorliegenden Fall bestritten, es werden besondere Umstände dargethan, welche die Wirksamkeit der gesetzlichen Schlußfolgerung für den concreten Fall paralysiren; durch den Ehebruch der Frau ist die Vaterschaft des Ehemannes zweifelhaft gemacht. Und dennoch wird der Gegner mit dem Beweis des Ehebruchs, der s. g. exceptio plurium concumbentium, wie sie bei der außerehelichen Schwängerung heißt, nicht gehört, sondern bloß mit dem Gegenbeweis wider den Unter- oder Schlußsatz der R. V. Zur Entkräftung der praesumtio juris violenta wird vorausgesetzt, daß die legitime Zeugung des Kindes als unmöglich dargestellt werde. Der beklagte Ehemann kann also die pr. juris violenta bloß dann entkräften, wenn er entweder:

a. Ihre faktischen Prämissen angreift, d. h. nachweist, daß er und die Klägerin gar nicht verheirathet seien, oder daß das Kind schon im 5. Monat nach Eingehung der Ehe geboren wurde; oder wenn er:

b. Den Schlußsatz anficht, d. h. darthut, daß er nicht Vater des Kindes ist, resp. es gar nicht sein könne (evidentia facti), weil zwischen ihm und seiner Ehefrau, wenigstens in der kritischen Zeit, kein Umgang stattgefunden habe.[15])

fr. 6 D. (1. 6).

---

[15]) Die Anfechtung des Schlußsatzes erscheint indessen zugleich auch, und zwar zunächst als Anfechtung der Prämissen. Die Vater-

3) Bei der pr. juris et de jure endlich kann auch der Schlußsatz nicht angefochten werden, denn diese ist ist nicht so fast eine Vermuthung, sondern vielmehr eine Fiktion.

Was nun die Entscheidung des Collisionsfalls betrifft, so frägt es sich vor Allem, in welchem Rangverhältniß der Entkräftungsbeweis zur Rechtsvermuthung stehe. In meiner Abhdl. l. c. S. 61 und S. 79 (Note 42a—83) habe ich angenommen, daß sich beide das Gleichgewicht halten.

---

schaft überhaupt kann nämlich nur auf künstliche Weise bewiesen werden, sei es durch den Nachweis des coitus zur kritischen Zeit oder des (außergerichtlichen) Eingeständnisses. Der coitus zur kritischen Zeit (resp. das Geständniß des Mann's) ist daher der wahre Untersatz in dem Syllogismus jenes künstlichen Beweises. In der Ehe streitet aber eine Rechtsvermuthung für den coitus, also für die Prämisse. Beweist nun der Mann, daß zwischen ihm und seiner Frau überhaupt kein Umgang, oder wenigstens nicht in der kritischen Zeit, stattgefunden, so ist zunächst der Untersatz jener Rechtsvermuthung widerlegt, aber doch auch der Schlußsatz, weil nun die Unmöglichkeit der Erzeugung, wenigstens ehelicher Erzeugung, somit die Unmöglichkeit der Vaterschaft dargethan ist. Die „kritische Zeit" kann aber hier, je nach dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes, bald länger, bald kürzer sein. Wurde z. B. am 1. Jänner geheirathet und das Kind am 30. Oktober geboren, so läuft die kritische Zeit vom 1. Jänner bis 1. Mai; der Ehemann muß daher, will er die Rechtsvermuthung entkräften, darthun, daß während jener 4 Monate kein Umgang zwischen ihm und seiner Ehefrau stattgefunden habe. Kam dagegen das Kind am 182. Tag, also am 1. Juli, zur Welt, so fällt von der kritischen Zeit, (d. h. vom 1. Oktober bis 1. Jänner) nur 1 Tag, nämlich der 1. Jänner, in die Zeit nach Eingehung der Ehe. Beweist daher der Ehemann, daß er am 1. Jänner seiner Frau nicht concumbirt habe, resp. nicht habe concumbiren können (wegen sofortiger Abreise nach der Trauung), so hat er hiedurch die Rechtsvermuthung: »pater est, quem nuptiae demonstrant« vollständig entkräftet.

vergl. Seufferts Archiv Bd. 12.

Diese praesumtio juris violenta beruht demnach auf folgenden 2 Rechtsvermuthungen:

1) Wenn A und B verheirathet sind, so wird vermuthet, daß sie sofort zum coitus schreiten. Und:
2) Wenn das Kind nicht früher als am 182. Tag nach Eingehung der Ehe zur Welt kommt, so wird vermuthet, daß dasselbe ein in der Ehe erzeugtes ist.

Ein anderes Beispiel einer praesumtio juris violenta s. oben Seite 436 a. E. u. 437.

Dieser Ansicht folgte denn auch

Langenbeck in seiner Beweisführung Bd. 3 S. 875 a. E.

Für dieselbe spricht die Analogie der übrigen Collisionsfälle. Die Rechtsvermuthung überzeugt den Richter nicht minder von der Wahrheit des Beweissatzes und also der Klage oder Einrede, als der Entkräftungsbeweis von ihrer Unwahrheit Die R. V. liefert also geradesogut vollen Beweis, als die übereinstimmende Aussage zweier klassischen Zeugen.

In meiner vergleichenden Darstellung S. 249 nr. 6 habe ich dagegen behauptet, daß der Entkräftungsbeweis unbedingt den Vorzug habe, nämlich in der Weise, daß der durch die Rechtsvermuthung gelieferte Beweis ihm gegenüber gar nicht in Betracht kömmt.

Gewiß ist die letztere Ansicht die richtige. Wird nämlich:

a) Gegen den Vermuthungsbeweis der Gegenbeweis geführt und gelingt der letztere, so stehen sich Wahrscheinlichkeit und Gewißheit gegenüber, denn die Präsumtion ist immer nur eine Schlußfolgerung der Wahrscheinlichkeit, und wenn ihr auch das Gesetz die Wirkung der juristischen Gewißheit beilegt, und sie als Rechtsvermuthung behandelt, so muß sie doch verschwinden, wenn die wirkliche Gewißheit des Gegentheils hergestellt ist, denn die Gesetze sagen ausdrücklich, daß jede Rechtsvermuthung nur solange gelte, »donec probetur contrarium« (vgl. z. B. l. 9 §. ult. D. 34. 5). Wenn also das Gegentheil erwiesen ist, dann gilt die Rechtsvermuthung nichts mehr.[16])

Vgl. meine Abhandl. l. c. S. 80 nr. 1.

---

[16]) Unter dem »donec probetur contrarium« ist nicht ausschließend der prozessualische Gegenbeweis, d. h. der Beweis des Angegriffenen, gemeint, sondern es läßt sich darunter ebensogut der Hauptbeweis verstehen. M. a. W.: Es kann der Probant den Hauptbeweis durch den Nachweis der Unwahrheit des Satzes führen, für welchen die Rechtsvermuthung streitet, wenn jenes Nichtwahr den Klagegrund und das Beweisthema bildet, — der Reprobant den Gegenbeweis durch die Berufung auf die Rechtsvermuthung. Z. B. Kläger soll darthun, daß bei dem Brande, in welchem B und dessen Sohn C umgekommen, der Vater den Sohn überlebt habe und er tritt diesen Beweis durch 2 Zeugen an, während der Beklagte den ihm vorbehaltenen Gegenbeweis,

Mit Recht sagt daher Weber in seiner

Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 87,

bei der R. V. verpflichte das Gesetz den Richter, einen gewissen Thatumstand einstweilen als wahr gelten zu lassen, bis im concreten Fall die völlige und rechtlich ausgemachte Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des provisorisch im Gesetz bestättigten Satzes eintrete. Hieraus folgt:

b. Daß hier eigentlich gar keine Collision vorliegt. Wenigstens kann von einer Collision der Zeugen des Rechtsvermuthers und jener des Gegners keine Rede sein; denn die Probatorialzeugen haben nicht über die Zahlung, sondern bloß über die Durchstreichung des Schuldscheins deponirt. Man könnte zwar einwenden, das Gesagte gelte überhaupt vom Verhältniß des künstlichen und natürlichen Beweises. So haben beim Alibibeweis die Reprobatorialzeugen auch nicht gegen den Klagegrund, z. B. gegen die Injurie des B. deponirt, sondern nur dessen Anwesenheit an einem andern Ort constatirt; aber bei diesem künstlichen Gegenbeweis liegt doch insoferne eine Collision mit dem natürlichen Hauptbeweis vor, als die Beweiszeugen die Anwesenheit des Beklagten, die Gegenbeweiszeugen dessen Abwesenheit constatiren, die einen oder die andern also nothwendig sich geirrt, oder absichtlich falsch deponirt haben müssen; — in unserem Fall kann aber der Schuldschein ganz gut zerrissen oder durchstrichen sein, ohne daß die Schuld bezahlt wurde, wenn z. B. die Durchstreichung zufällig, oder in Erwartung baldiger Zahlung geschehen war! — Der Vermuthungsbeweis collidirt also ebensowenig, ja noch weniger mit

---

daß C den B überlebt habe, durch die Berufung auf die Rechtsvermuthung führt, welche annimmt, es habe der mündige Sohn den Vater überlebt, wenn beide in derselben Lebensgefahr umgekommen sind. — Würde freilich die probatio contraria den prozessualen Gegenbeweis und bloß diesen bedeuten, könnte also die R. V. nur auf Seite des Probanten stehen, oder würde sie wenigstens vom Gesetzgeber nur auf Seite des Beweisführers gedacht, — dann könnten natürlich die Worte „die R. V. gelte nur solange, bis das Gegentheil bewiesen ist," für die Thesis nichts beweisen, daß die R. V. in Collision mit dem Entkräftungsbeweise verschwinde, ohne daß dieser selbst vernichtet, oder auch nur geschwächt werde.

dem Entkräftungsbeweis, als die Vermuthung selbst.[17]) Hieraus ergeben sich aber folgende Entscheidungen als Consequenzen:

a. Sind beide Beweise vollkommen gelungen, steht also auf Seite des Probanten eine wirksame Rechtsvermuthung, auf Seite des Reprobanten ein durch 2 klassische Zeugen geführter Entkräftungsbeweis, so muß definitive

---

[17]) Die Richtigkeit des Gesagten ergibt sich endlich — vom Standpunkt der herrschenden Ansicht — auch noch aus folgender Erörterung:

Wenn der Entkräftungsbeweis prozessualisch als Hauptbeweis erscheint, d. h. wenn die Prämissen der Rechtsvermuthung im Schriftenwechsel zugestanden, und also nach der communis opinio dem Gegner der Beweis des Nichtwahrs jenes Angriffs aufgegeben wurde, für welchen die R. V. streitet (z. B. dem Kläger der Beweis, daß die Schuld nicht zurückgezahlt worden sei), — so kann dieser Beweis der Nichtzahlung, wenn er wirklich gelungen ist, durch die für den Gegner sprechende Rechtsvermuthung der Zahlung nicht im Mindesten affizirt werden, denn er wirkt geradeso, wie ein Einredebeweis bei zugestandener Klage. Wenn z. B. der Beklagte dem Usucapienten und Kläger entgegnet, er habe sich bei der Erwerbung der Sache in mala fide befunden, so ist diese Einwendung eine wahre peremtorische Einrede, denn für die bona fides des Gegners spricht eine Rechtsvermuthung, die jedoch nicht zu den eigentlichen Rechtsvermuthungen gehört, weil der Kläger in allen Fällen vom Beweis der bona fides frei ist. Und ebenso ist es in unserem Fall, nur mit dem Unterschied, daß hier eine wahre pr. juris, dort bloß eine Pseudovermuthung vorliegt. Wenn daher in unserem Fall der Kläger entgegnet: „Zwar steht dem Gegner eine pr. juris zur Seite, er braucht daher die Bezahlung nicht zu erweisen, ich will aber jetzt die Nichtzahlung darthun", so hat dieser Beweis nicht minder die Eigenschaften eines Einredebeweises, wiewohl er kein solcher ist, als wenn der Beklagte im obigen Beispiel entgegnet: „Kläger braucht zwar seine bona fides nicht darzuthun, denn diese wird präsumirt, ich will aber jetzt die mala fides desselben beweisen." Kann nun der Entkräftungsbeweis wider die R. V. als Hauptbeweis nicht affizirt werden, so kann er es auch nicht als Gegenbeweis, und das Verhältniß ist dann geradeso, als wenn ein gelungener Einredebeweis einem gelungenen Klagsbeweis gegenüberstünde. Gleichwie der Einredebeweis die Wirkung des Klagsbeweises paralysirt, ohne selbst aufgerieben zu werden, ebenso muß auch der Entkräftungsbeweis die Wirkungen des Vermuthungsbeweises neutralisiren, ohne selbst consumirt zu werden, und nur der Unterschied besteht zwischen ihnen, daß der Entkräftungsbeweis wider die R. V. doch immer ein direkter Gegenbeweis ist, welcher die Wirksamkeit der Rechtsvermuthung vernichtet, während der Einredebeweis bloß das klägerische Recht zerstört, den Klagsbeweis selbst aber nicht angreift.

zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden, und zwar auch dann, wenn der Eid eventuell deferirt wurde, weil eben die R. V. in Collision mit dem Gegenbeweis verschwindet, der Gegenbeweis somit als vollständige materielle Gewissensvertretung erscheint. Es kann daher niemals zum Eid kommen, weder zum Schiedseid, noch zu einem Notheide.

A. M. Langenbeck a. a. O. S. 875 a. E.

Ebenso muß erkannt werden:

b. Wenn der Prämissenbeweis unvollständig ausgefallen war, der Entkräftungsbeweis aber vollständig. Wenn aber:

c. Der Vermuthungsbeweis vollständig, der Gegenbeweis unvollständig ausgefallen war, so muß bezüglich des letzteren das Suppletorium oder Purgatorium aufgelegt werden, er ist also ganz wie ein Einredebeweis zu behandeln. Ebenso:

d. Wenn beide Beweise unvollständig ausgefallen sind, denn beide verhalten sich wie Hauptbeweis und indirekter Gegenbeweis.

Wie bei Rechtsvermuthungen, geradeso muß auch bei einfachen Vermuthungen entschieden werden. Zunächst kömmt Alles darauf, welche Beweiskraft die Vermuthung im concreten Fall hat, und dann, wie weit der Untersatz derselben nachgewiesen ist. Bei unvollständigem Prämissenbeweis muß aber vorerst der durch die Vermuthung gelieferte Beweis hergestellt werden, und zwar mit Zuhilfnahme der Regeln, welche in der

Abhandlung X. §. 10. S. 246 flgd.

des Näheren entwickelt worden sind.

§. 10.

B. Collision der Vermuthungen unter sich.

Hier hat natürlich das richterliche Ermessen einen noch größeren Spielraum, als bei der Collision der übrigen Beweis-

mittel, weil es an positiven Normen über die Enscheidung dieses Collisionsfalls schlechterdings gebricht. Indessen ergibt sich schon aus der Natur der Sache, daß die Stärke der collidirenden Vermuthungen den Ausschlag gibt. Es wird daher

a. Die pr. juris den Vorzug vor der pr. hominis,

b. die spezielle Vermuthung den Vorzug vor der generellen haben.

Böhmer de coll. praesumt. Th. IV.
v. Bayer 8. Aufl. S. 996,
Osterloh Lehrbuch Bd. I S. 333.

Nehmen wir z. B. an, der Beklagte beruft sich auf die Zerreißung des Scheins, so streitet eine R. V. für die vorgebrachte exc. solutionis. Beweist aber der Kläger, daß der Beklagte ohne alle Mittel gewesen, oder daß er geäußert habe, er könne von Niemandem Geld bekommen, so streitet eine einfache Vermuthung dafür, daß er die Schuld nicht zurückbebezahlt habe. Offenbar hat die Rechtsvermuthung den Vorzug vor der pr. hominis.

Wie weit dieser Vorzug reicht, darüber läßt sich natürlich im Allgemeinen nur wenig sagen, und hängt die Entscheidung von dem Werth ab, welchen das richterliche Ermessen der col lidirenden einfachen Vermuthung zutheilt. Die pr. hominis wird in der Regel gegen die pr. juris nicht völlig verschwinden, wohl aber die generelle Vermuthung gegenüber der speziellen. Der Collisionsfall selbst ist aber, analog den vorausgehenden, nicht nach dem Subtraktionsprinzip, sondern meines Erachtens nach der Bevorzugungsmaxime zu entscheiden. Wenn daher das Uebergewicht auf Seite des Probanten ist, muß diesem der Notheid aufgelegt werden, wenn anders die gegnerische Vermuthung von einigem Werth ist. Wenn aber:

c. Auf beiden Seiten Alles gleich ist, wenn z. B. links und rechts gesetzliche Vermuthungen stehen, die von gleicher Stärke sind, so heben sie sich nicht gegenseitig auf, wie ich in meiner Abhandlung in der Gießner-Zeitschrift Bd. 14 S. 64 angenommen habe, welcher Osterloh (a. a. O.) und Langenbeck (Beweisführung III. S. 875 Abs. 1) folgen, — sondern der Rich-

ter bevorzugt die vom Reprobanten beigebrachten Vermuthungen, und erkennt daher bei eventueller Eidesdelation nicht definitive, sondern auf den Notheid des Reprobanten.

Abweichend zum Theil ist das bayerische Recht

S. meine Abhdl. S. 65—74, u. meine vergl. Darstellung S. 245—248.

Schließlich soll noch von dem Vorzug der speziellen vor der generellen Vermuthung gesprochen werden.

Seuffert im Commentar Bd. 3. 1. Aufl. S. 240, 2. Aufl. S. 303 drückt sich hierüber in folgender Weise aus:

„Die richtige Bedeutung der Vorschrift, daß die allgemeine Vermuthung der besondern weiche, zeigt sich bei denjenigen Rechtsvermuthungen, wo zwar das Gesetz die Wahrheit eines Thatumstandes ausnahmsweise, d. h. abweichend von der Regel der Beweislast, anzunehmen vorschreibt, jedoch nur unter der ausdrücklichen, oder aus der Fassung erhellenden Voraussetzung, daß nicht Besonderheiten des einzelnen Falls entgegenstehen. Ist z. B. die Schuldurkunde zerrissen, so spricht eine allgemeine Vermuthung für die Tilgung der Schuld. Diese allgemeine Vermuthung tritt aber in den Hintergrund, wenn im einzelnen Fall besondere Umstände vorliegen, aus welchen sich das Zerrissensein der Urkunde als das Ergebniß eines Zufalls darstellt. Ob die entgegenstehenden Umstände gewichtig genug sind, um der durch sie begründeten besondern Vermuthung vor der gesetzlichen allgemeinen den Vorzug zu geben, darüber liegt die Entscheidung im richterlichen arbitrium."

Das hier Gesagte hat gewiß seine Richtigkeit, nur liegt hier kein eigentlicher Collisionsfall vor,

vgl. Weber a. a. O. S. 151,

denn der durch Vermuthungen, oder richtiger durch Indizien[18])

---

[18]) Es handelt sich hier von dem Nachweis der Absicht, welche der Vernichtung des Schuldscheins zu Grunde lag, also nicht von eigentlichen Vermuthungen, d. h. von Schlußfolgerungen von einer Thatsache auf die andere, sondern von Beurtheilung des innern Willensaktes. Mit Recht lehrt Seuffert III. S. 226—286 (in der 2. Aufl.): „die Beschränkung der Wirksamkeit

geführte Gegenbeweis bezieht sich nicht auf den Beweissatz, sondern bloß auf das Beweismittel, er greift nicht den Schlußsatz, sondern die Schlußfolgerung der Rechtsvermuthung für den concreten Fall an; der Reprobant hat nicht den Beweis der Nichtzahlung geführt, sondern er hat die Rechtsvermuthung des Probanten durch eine Einrede entkräftet, indem er die Zerreißung des Scheins als das Ergebniß eines Zufalls darstellte. Durch den Gegenbeweis wird also der Schluß von der Vernichtung des Scheins auf die Tilgung der Schuld aufgehoben, keineswegs aber ein Beweis, oder auch nur ein schwacher Behelf für die Nichtzahlung erbracht. Hier kann es denn auch keinem Zweifel unterliegen, daß die besondere pr. hominis der generellen pr. juris in der Weise vorgeht, daß die letzt're ihr gegenüber völlig verschwindet, denn der durch die pr. hom. erbrachte Beweis vernichtet ja die pr. juris in ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall, es ist somit gar nichts erwiesen und muß nach dem Satze »actore non probante reus absolvitur« zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden.

Eine wirkliche Collision einer generellen pr. juris mit einer speziellen pr. hominis kann z. B. vorkommen bei der gesetzlichen Vermuthung des früheren Todes der Eltern vor den mündigen Kindern, wenn beide in demselben Unglücksfall um's Leben kommen.

fr. 9 §. 4 D. (de rebus dubiis).

Beweist hier der Gegner: a. daß der Sohn ein schwächlicher und feiger Mensch, der Vater dagegen ein kräftiger und

---

menschlicher, Vermuthungen findet keine Anwendung, wo nicht sowohl ein Schluß von einer Thatsache auf die andere zu ziehen, als nur die besondere Beschaffenheit einer Thatsache aus einzelnen Merkmalen und Umständen zu beurtheilen ist, insbesondere, wo es sich um Modalitäten des innern Willensakts handelt, über welche eine Beweisführung aus eigener sinnlicher Wahrnehmung nicht geschehen kann."

Hier kann also durch praesumtiones hominis ausnahmsweise voller Beweis geliefert werden.

Vgl. z. B. c. 6 Cod. (2. 21) »dolum ex indiciis perspicuis probari convenit.« R.-A. v. 1594 §. 69. Bl. f. R.-A. Bd. 16 S. 381, Bd. 17 S. 271, Bd. 25 S. 14 (O.-A.-G.-E. v. J. 52 u. 59).

unerschrockener Mann gewesen; oder b. daß der Vater gesund, der Sohn bettlegerig gewesen; oder c. daß der Sohn der Todesgefahr näher war, als der Vater, daß bei dem Brande, wo beide um's Leben kamen, der Sohn im dritten Stock gewesen, wo das Feuer auskam, der Vater dagegen im untern Stock — so streitet eine einfache Vermuthung dafür, daß der Vater den Sohn überlebt habe. Das Verhältniß derselben zur Rechtsvermuthung ist offenbar das einer pr. hom. specialis zur pr. juris generalis. Die spezielle Vermuthung sollte daher der generellen vorgehen, und zwar in der Weise, daß die Rechtsvermuthung ihr gegenüber allen Werth verliert, weil die pr. hom. nicht bloß für das Gegentheil des Schlußsatzes der pr. juris streitet, sondern zugleich die Rechsvermuthung als Beweismittel angreift. Das Gesetz hat nämlich die obige Rechtsvermuthung mit Rücksicht auf die größere Lebenskraft der Kinder gegenüber von ihren Eltern aufgestellt. Wird nun dargethan, daß in concreto gerade umgekehrt die Eltern lebenskräftiger als die Kinder waren, so wird hiedurch die Richtigkeit der gesetzlichen Schlußfolgerung in ihrer Anwendung auf den concreten Fall aufgehoben, und sollte deßhalb die Beweiskraft der pr. juris völlig entkräftet werden.

Allein diese Anfechtung des Schlußsatzes und Untergrabung der Schlußfolgerung, die sonst gewiß wirksam wäre, läßt das Gesetz gerade bei der vorliegenden pr. juris nicht zu, dieselbe soll vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift der allegirten Digestenstelle nur dem direkten Beweis des Gegentheils weichen, daß nämlich der Sohn früher umgekommen sei, als der Vater. Diese Anomalie erscheint um so größer, als gerade in so zweifelhaften Fällen, wie der vorliegende, wo der Obersatz auf einer mehr oder weniger willkührlichen Annahme beruht, der entgegenstehenden speziellen pr. hominis doch wenigstens ein schwächender Einfluß gestattet werden sollte. Denn je loser der Zusammenhang zwischen der Prämisse und dem zu beweisenden Faktum, je unwahrscheinlicher der Erfahrungssatz der Präsumtion ist, um so leichter, sollte man erwarten, könnte dieselbe gestürzt werden. Daß dieses dessenungeachtet nicht geschehen darf, erklärt sich einzig und allein dadurch, daß in gar zweifelhaften

Fällen die positive Gesetzgebung sich in's Mittel legen muß, um Festigkeit und Bestimmtheit da zu schaffen, wo die Anwendung bloßer Wahrscheinlichkeitsgründe die Sache einem unbestimmten und schwankenden Ungefähr Preis geben würde. Dürfte hier die gesetzliche Vermuthung durch entgegenstehende, wenn auch den Erfahrungssatz in seiner Anwendung auf den concreten Fall angreifende pr. hominis affizirt oder gar aufgehoben werden, so würde dasjenige, was durch das Gesetz seine feste Norm erhalten sollte, immer wieder ein Gegenstand des Zweifels und und der Untersuchung bleiben.

Archiv für die civil. Praxis Bd. 4 S. 391.

Aus dem Gesagten ergibt sich aber, daß unsere Rechtsvermuthung keine gewöhnliche, sondern eine pr. juris violenta ist, die nur im Untersatz und Schlußsatz angegriffen werden kann.

§. 11.

V. Collision der Sachverständigen.

Wenn zwei oder mehrere urtheilende Kunstverständige in ihren Gutachten differiren, so ist zwischen Schätzungen und Gutachten anderer Art zu unterscheiden. Bei Schätzungen wird der Mittelpreis angenommen, bei Gutachten and'rer Art ist aber die Frage bestritten, ob nach der Stimmenmehrheit zu entscheiden, oder ob andere Sachverständige beigezogen werden sollen, oder ob der Richter den Ausschlag geben soll. Die letztere Ansicht ist sicherlich unhaltbar, weil sie bei dem Richter Kenntnisse voraussetzt, deren Mangel gerade die Beiziehung von Kunstverständigen nothwendig macht. Welche von den beiden ander'n Meinungen aber den Vorzug verdient, ist sehr zweifelhaft.

v. Bayer 8. Aufl. S. 825 a. E. Walter im Archiv Bd. 26, S. 288 flgd.

Ohne auf die bekannte Controverse näher einzugehen, soll bloß dargethan werden daß der Collisionsfall, gleichviel welcher Ansicht man huldigen mag, immer in dem Sinn entschieden werden muß, daß jenem Gutachten ausschließlich zu glau=

ben ist, welches die Stimmenmehrheit für sich hat, oder wofür der superarbiter oder der Richter sich entscheidet.

Daß bei Annahme der Stimmenmehrheit so zu entscheiden ist, liegt wohl in der Natur der Sache; denn überall, wo das Urtheil der Majorität den Ausschlag gibt, kann jenes der Minorität keinen schwächenden Einfluß äußern. Nach diesem Grundsatz wird überall und insbesondere bei der Abstimmung im Richtercollegium verfahren, derselbe muß also auch bei urtheilenden Sachverständigen Anwendung finden, welche vermöge ihrer besondern, dem Richter fehlenden technischen Kenntnisse anstatt desselben eintreten und sein Urtheil durch ihr Parere ersetzen. — Ebenso versteht es sich von selbst, daß, wenn andere Sachverständige beigezogen werden, ihrem Parere allein zu glauben, und also das, oder die entgegengestehenden Gutachten absolut verworfen werden müssen, denn das entscheidende Gutachten des superarbiter erscheint gewissermaßen als der Ausspruch einer höhern Instanz, auf welche das Urtheil der untern natürlich keinen schwächenden Einfluß haben kann. — Und ebenso muß wohl dann verfahren werden, wenn der Richter selbst den Ausschlag geben soll, weil er ja dann, nach vorausgegangener Prüfung, dem besser motivirten Gutachten seinen Beifall geben wird, und also das andere selbstverständlich verwerfen muß. In diesem Sinn erkannte denn auch unser oberster Gerichtshof im Jahre 1859.

Vgl. Bl. f. R.-A. Bd. 25 S. 14.

§. 12.

VI. Collision der übrigen Beweismittel,

Wir haben gesehen, daß allzeit definitive zu erkennen ist, wenn:

1. Eine Vermuthung — pr. hominis oder pr. juris — mit dem Entkräftungsbeweis collidirt, oder:

2. Urtheilende Sachverständige einander widersprechen.

Im ersten Fall verschwindet die Vermuthung, selbst die Rechtsvermuthung, gegenüber dem Entkräftungsbeweis. Im 2. Fall verschwindet das Urtheil der Minorität gegen jenes der Majorität, resp. entscheidet das Gutachten des Superarbiter,

dasselbe mag auf die Seite des Probanten oder Reprobanten treten.

In gleicher Weise ist zu erkennen, nämlich allzeit definitive, wenn:

3. Urtheilende Sachverständige mit Zeugen oder Urkunden collidiren, weil sie diesen unbedingt vorgehen. Vergl. das Nähere bei

v. Bayer S. 992 nr. 4. Sodann:

4. Wenn der Augenschein, oder:

5. die Notorietät, oder:

6. das gerichtliche Geständniß, oder:

7. der abgeleistete Schiedseid in Collision mit andern Beweismitteln kömmt.

Der Augenschein geht nämlich allen andern Beweismitteln, mit Ausnahme des gerichtlichen Geständnisses und des Schiedseides, unbedingt vor, denn er beruht auf unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung des Richters, alle andern Beweismittel erscheinen ihm gegenüber als bloße Vermuthungen. — Noch höher als der Augenschein steht aber das gerichtliche Geständniß und der ausgeschworene oder rekusirte Schiedseid, denn diese beiden Beweismittel beruhen auf dem Prinzip des Verzichts. Vergleiche das Nähere bei

v. Bayer S. 990—992.

XV. Abhandlung.

Die Eideserſparung als natürlicher Anhaltspunkt zur Entſcheidung der Frage: „Wem ſind bei unvollſtändig geliefertem Hauptbeweis und indirektem Gegenbeweis im Zweifelsfall die Notheide zu geben?“

S. meine Abhdl. v. J. 1851 in v. Linde's Zeitschrift Bd. 8 S. 351 flgd.
Meine vergleichende Darstellung S. 252—257.

1) Wenn der Klag'sbeweis und der Einredebeweis beide über die Hälfte gelungen sind, so wird nach einer ziemlich

übereinstimmenden Doctrin und Praxis zuerst dem Kläger und dann dem Beklagten der Ergänzungseid abgenommen.

Vgl. Martin's bürgerl. Prozeß §. 192.
Gensler's Commentar hiezu Th. I. S. 340.
v. Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten S. 340.
Archiv f. d. civil. Praxis Bd. IV. S. 607.

Nur v. Gönner stellt in seinem

Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses Bd. II. Abhdl. 42. §. 9.

eine abweichende Ansicht auf; er lehrt:

„Weil aber der Eid des Klägers unnütz ist, wenn der Beklagte seinen Erfüllungseid abschwört, so mag nach der Ersparungsmaxime zuerst der Beklagte zum Erfüllungseid zugelassen werden. Damit aber die Sparsamkeit nicht in Rechtsverletzung ausarte, so muß der Richter auf den Fall, daß dieser Eid vom Beklagten verweigert würde, dem Kläger den Erfüllungseid über seine Klage auflegen."

Diese Ansicht, welche meines Wissens von keinem andern Prozessualisten angenommen, aber auch von keinem widerlegt wurde, ist aus dem einfachen Grunde unstichhaltig, weil das Eidersparungsprinzip, so beachtenswerth es auch ist, doch niemals auf Kosten der Rechte einer Partei realisirt werden darf. Offenbar liegt es im Interesse jeder Partei, mit der Erklärung über das Suppletorium nicht den Anfang zu machen, weil es jeder erwünscht sein wird, einen vielleicht überflüssigen Eid zu vermeiden. Das Suppletorium des Klägers ist nämlich überflüssig, wenn der Beklagte den Eid über die Einrede schwört, das Suppletorium des Beklagten ist überflüssig, wenn der Kläger den Eid über die Klage refusirt. Nun ist gewiß die Ableistung des Suppletoriums unendlich wahrscheinlicher, als die Refusation desselben (namentlich nach bayer. Recht, wonach sich der Beweisführer innerhalb der Beweisfrist zum Erfüllungseid ausdrücklich erbieten muß. G. O. c. 13 §. 3. nr. 1. Nov v. J. 1837 §. 41). Das Interesse, mit der Erklärung über das Suppletorium nicht den Anfang zu machen, ist daher auf

Seiten des Probanten ungleich stärker, als auf Seiten des Reprobanten, weil die Gefahr, einen überflüssigen Eid zu schwören, ungleich geringer ist, wenn man den Reprobanten, als wenn man den Probanten mit dem Schwure beginnen läßt. Das Interesse des Probanten coincidirt daher mit der Eidersparungsmaxime, weil auch nach dieser der Reprobant zuerst zur Ableistung des Suppletorium's aufzufordern ist; dagegen collidirt mit der Ersparungsmaxime das Recht des Reprobanten, der nicht bloß ein Interesse daran hat, daß sein Gegner mit dem Schwur beginne, sondern auch ein jus quaesitum darauf, sich nur eventuell über den Eid zu erklären. Dieß ergibt sich ganz einfach aus dem natürlichen Verhältniß des Angegriffenen zum Angreifenden. Es folgt nämlich daraus die auch durch positive Gesetze sanktionirte Regel: »actore non probante reus absolvitur.« Der Klagbeweis muß dem Exzeptionsbeweis vorangehen, und wenn der erstere mißlingt, ist der letztere nicht weiter mehr zu berücksichtigen; sowie die Exception nach der Klage angebracht wird, und der Exceptionsbeweis bloß eventuell, d. h. bloß dann nothwendig ist, wenn der Klagbeweis gelungen war, ebenso ist auch die Ergänzung des unvollständigen Einredebeweises bloß dann erforderlich, wenn der unvollkommene Klagbeweis vorher ergänzt wurde. Zwar wird der indirekte Gegenbeweis nach der Eventualmaxime gleichzeitig mit dem Hauptbeweis angetreten und durchgeführt, wogegen von einer gleichzeitigen Abnahme der Erfüllungseide bezüglich des Klag- und Einredebeweises schon wegen der Ersparungsmaxime [1]) keine Rede sein könnte. Allein daraus, daß hier das Ersparungsprinzip stärker ist, als die Eventualmaxime und demgemäß eine successive Abnahme der beiden Suppletorien nothwendig erscheint, folgt durchaus nicht, daß das Ersparungsprinzip auch stärker sei, als das Recht des Angegriffenen, welcher verlangen kann, daß seinem Gegner zuerst der Ergänzungseid abgenommen werde. Die Anwendung des Eventualprinzips ist zu Ende, so-

---

[1]) Man denke sich z. B., der Prozeß werde am Orte A geführt, der Kläger befinde sich im Orte B, der Beklagte im Orte C; da wäre es gewiß ein Zeitgewinn, wenn beide Eide gleichzeitig abgenommen würden.

wie einmal das Beweisverfahren durchgeführt ist, denn nun tritt das Ersparungsprinzip ein, weil es sich jetzt nicht mehr um einen überflüssigen Beweis, sondern um einen vielleicht überflüssigen Eid handeln würde; aber das Ersparungsprinzip geht nur soweit, die gleichzeitige Abnahme der zwei Suppletorien auszuschließen, nicht aber soweit, die natürliche Ordnung des Verfahrens umzukehren und den Beklagten zur Beschwörung des Einredefaktums anzuhalten, ehe noch der Kläger das Klag'sfaktum beschworen hat.

Aus diesen Gründen dürfte die Gönner'sche Ansicht zu verwerfen sein. Ließe sich nun aber das Eidersparungsprinzip nicht auf andere Weise durchführen, ohne dem Reprobanten zu nahe zu treten? — Wenn man ihm das Purgatorium gegen die Klage, somit die Wahl zwischen diesem und dem Suppletorium über die Einrede geben würde, so wäre ja auch das Ersparungsprinzip gewahrt, ohne daß die Ordnung des Verfahrens und mit dieser die Rechte des Reprobanten verletzt würden. Dem Reprobanten könnte es ja nur Vortheil bringen, den Notheid gegen die Klage zu bekommen, und dem Probanten würde die Entziehung des Suppletorium's nicht schaden, weil ja sein Gegner doch zum Notheid über die Einrede kömmt, und es also doch immer in dessen Macht steht, durch den Eid den Prozeß zu seinen Gunsten zu entscheiden. Im Gegentheil wäre der Verlust des Suppletorium's für den Probanten eher ein Vortheil, als ein Nachtheil, weil er in den meisten Fällen einen überflüssigen Eid ersparen würde. So scheint es! — Und dennoch dürfte sich auch dieser Ausweg zum Zweck der Eidesersparniß nicht billigen lassen. Die Beeinträchtigung hierbei würde nämlich nicht so fast den Probanten treffen, dem ein Eid entzogen, als vielmehr den Reprobanten, dem ein Eid gegeben wird. Der Reprobant hat ein wohlerworbenes Recht darauf, daß nach dem Resultate des beiderseits gelieferten Beweises die Notheide vertheilt werden, daß also sein Gegner, weil dieser die Klage mehr als halb erwiesen, das Suppletorium erhalte, und damit den Anfang mache. Er hat auch ein Interesse dabei; denn da es doch möglich ist, daß sein Gegner das Suppletorium refusirt, so könnte er einen überflüssigen Eid schwören, würde

man ihm die Wahl zwischen Purgatorium und Suppletorium geben. Wenn nun der Reprobant ein Interesse dabei hat, daß der Probant zum Suppletorium kömmt, und wenn er zugleich ein Recht darauf hat, so geht es ebensowenig an, wegen der Ersparungsmaxime dem Reprobanten das Purgatorium zu geben, als ihn mit dem Suppletorium den Anfang machen zu lassen. Auf dem einen wie auf dem andern Wege würden wohlerworbene Rechte einer Partei verletzt, auf deren Kosten das Eidersparungsprinzip nie durchgeführt werden darf. Es ist daher auch der zweite Weg zur Erreichung dieses Zweckes verwerflich, und zwar ganz aus denselben Gründen, aus welchen es der erste ist.[2])

2) Kann nun gleich die Eidersparungsmaxime dann nicht durchgeführt werden, wenn Klage und Einrede mehr als halb bewiesen wurden, so dürfte sie doch meines Erachtens unbedenklich dann zur Anwendung kommen müssen, wenn der Klagbeweis halb, der Einredebeweis mehr als halb ausgefallen, oder wenn beide Beweise netto halb gelungen sind. Denn nun fallen alle Einwürfe hinweg, welche bei mehr als halb gelungenem Beweise und Gegenbeweise der Verwirklichung des Ersparungsprinzips entgegenstehen. Der Richter schwankt, welchem von beiden Theilen er den Notheid über die Klage geben soll; der Probant hat ebensowenig ein jus quaesitum auf's Suppletorium, als der Reprobant eine Einwendung gegen das Purgatorium, weil ja der Klagbeweis weder mehr als halb, noch weniger als halb ausgefallen. Und geradeso ist es beim Reprobanten bezüglich des Einredebeweises, wenn dieser gleichfalls zur Hälfte geliefert wurde. Es muß daher im Interesse der Eidesersparung dem Reprobanten das Purgatorium gegen die Klage und zugleich — natürlich aber elective — das Suppletorium über die Einrede gegeben werden, weil bei dieser Vertheilung die Gefahr eines überflüssigen Eides am ehesten vermieden wird.[3]) And'rer Meinung sind die

---

[2]) Meine Ausführung erfreut sich des Beifalls der Neueren vgl. Langenbeck Beweisführung Bd. 3 S. 878 flgd.

[3]) Ganz entschieden ist dieß der Fall, wenn bloß die Klage halb,

älteren Prozeßschriftsteller und *Gönner* a. a. O. Sie entscheiden hier geradeso, wie in dem Fall, wenn bloß auf Seiten des Klägers, oder bloß auf Seiten des Beklagten unvollständiger und zwar netto halber Beweis vorhanden ist. Hier hat sich nämlich der Richter bei Entscheidung der Frage, wem der Notheid zu geben ist, an jene Regeln zu halten, welche Doctrin und Praxis für diesen Fall als die natürlichsten Anhaltspunkte vorzeichnen. Er wird nämlich jener Partei den Notheid zuerkennen, welche bessere Sachkenntniß besitzt, oder, wenn die Sach- auf beiden Seiten gleich, persönlich glaubwürdiger ist, oder wenn auch die Glaubwürdigkeit gleich, dem Beklagten den Eid geben, insoferne nicht etwa die Streitsache eine gesetzliche Begünstigung genießt, wo dann der Vertheidiger derselben den Eid bekommen würde. (Vgl. v. Bayer S. 913) Nach der herrschenden Ansicht sollen nun aber diese Rücksichten auch dann entscheiden, wenn dem halben Klagbeweis ein halber oder mehr als halber Gegenbeweis entgegensteht.

Vgl. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 4. S. 273 flgd.

Mir scheint nun aber, daß hier die Eidersparungsmaxime eine alle jene Regeln überwiegende Rücksicht sei. Entschieden ist sie es: α) *In dem Fall, wenn der Hauptbeweis netto halb, der indirekte Gegenbeweis mehr als halb ausgefallen war.* Denn wie kann *bessere Sachkenntniß in Bezug auf die Klage* da entscheiden, wo der Beklagte, gesetzt, er hätte hierüber geringere Sachkenntniß,

---

die Einrede aber mehr als halb erwiesen wurde. Denn der Beklagte hat hier bezüglich der Einrede ein jus quaesitum auf's Suppletorium, und es ist auch mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß er es abschwören werde. Gibt man nun dem Kläger das Suppletorium über die Klage, so erhalten wir im wahrscheinlicheren Fall, wenn nämlich auch der Kläger schwört, zwei Eide, im andern Fall, wenn er das Suppletorium refusirt, keinen Eid, — wogegen wir in beiden Fällen, die Klage mag begründet sein oder nicht, bloß *einen* Eid erhalten, *wenn der Beklagte das Purgatorium gegen die Klage*, d. h. *die Wahl zwischen diesem und dem Suppletorium über die Einrede bekömmt.* Aber auch dann, wenn *Klage und Einrede beide halb bewiesen sind*, wird das Ersparungsprinzip dadurch verwirklicht, daß *man dem Reprobanten die Wahl zwischen beiden Eiden gibt.*

dennoch zum Eid, nämlich zum Suppletorium über die mehr als halb erwiesene Einrede kömmt, und überdieß, wenn man ihm im Interesse der Eidesersparung die Wahl zwischen diesem Suppletorium und dem Purgatorium gegen die Klage gibt, nur in den wenigsten Fällen das letztere, in der Regel aber gewiß das erstere abschwören wird? — Wie kann höhere Glaubwürdigkeit des Probanten da entscheiden, wo der Eid des Reprobanten, wenn dieser auch weniger Glauben verdient, als sein Gegner, dennoch unvermeidlich ist? — Wie kann ferner die Begünstigung gewisser Streitsachen gegen den Vortheil der Eidesersparung in Betracht kommen? Und wie kann endlich gar das »in dubio et caeteris omnibus paribus pro reo« da entscheiden, wo überall kein dubium, überall keine caetera paria sind? Oder darf etwa der Richter einen Zweifelsfall annehmen und zum letzten Aushilfsmittel und Nothbehelf greifen, wenn nach der einen von beiden Entscheidungen, zwischen welchen er schwankt, Eidesersparung erzweckt wird?! —

Dieser meiner Ansicht ist denn auch v Bayer gefolgt in der 8. Aufl. S. 1003 und Langenbeck a. a. O. S. 881. d.

β) Aber auch bei halben Klags- und halben Einredebeweis ist die Eidesersparung eine wenigstens subsidiär in Betracht kommende Rücksicht. Denn wenn auch hier die größere Sachkenntniß und höhere Glaubwürdigkeit der Eidesersparung vorgeht,

v. Bayer S. 1001, Langenbeck a. a. O. S. 880. g.,

so muß doch in dem Falle die letztere den Ausschlag geben, wenn bei gleicher Glaubwürdigkeit der Probant bessere Sachkenntniß von der Klage, der Reprobant bessere Sachkenntniß von der Einrede hat. Es muß also hier der Beklagte die Wahl bekommen zwischen beiden Eiden, da er wegen besserer Sachkenntniß denn doch einmal das Suppletorium über die Einrede erhält.

S. meine vergleichende Darstellung S. 252 a. E.

Wenn endlich Sachkenntniß und Glaubwürdigkeit auf beiden Seiten gleich ist, so muß ebenfalls im Interesse der Eidesersparung der Reprobant die Wahl zwischen beiden Eiden be-

kommen. Das Prinzip der Eideserſparniß geht alſo dem Satze »in dubio pro reo« vor, die Berückſichtigung des „beklagten Theils“ kann folglich gar nicht in Betracht kommen, wenn ſich ein halber Klags- und ein halber Einredebeweis gegenüberſtehen. Verſteht man nun unter dem „Beklagten“ (was auch richtiger iſt) den Produkten, Reprobanten, alſo den Angegriffenen nach der augenblicklichen Aktenlage, nicht den eigentlichen Beklagten des Hauptſtreits, ſo iſt das Reſultat freilich daſſelbe, ob man die Vertheilung der Nothеide nach dem Prinzip der Eideserſparung, oder nach dem Satz «in dubio pro reo« vornimmt. Allein bei gleicher Entſcheidung iſt doch das Motiv ein anderes; der Reprobant bekömmt die Wahl zwiſchen Purgatorium und Suppletorium, nicht weil er caeteris omnibus paribus zu bevorzugen iſt, ſondern weil hiedurch ein Eid erſpart wird.

Das Reſultat dieſer Erörterung geht demnach dahin, daß bei Entſcheidung der Frage:

„Wem ſind im Zweifelsfall bei unvollſtändig gelungenem Hauptbeweis und indirektem Gegenbeweis die Notheide zu geben?“

die Rückſicht auf Eideserſparung unter den natürlichen Anhaltspunkten zur Bereinigung des Zweifelsfalls bisweilen den erſten, wenigſtens doch den dritten Rang einnimmt und daß ſie caeteris omnibus paribus an die Stelle des »in dubio pro reo« zu ſetzen iſt.

Anhang.

Zur Lehre von der Rechtskraft.

(Was gehört zum dispositiven, was zum motivirenden Theil des Erkenntnisses? — Kritik eines Jenenser oberappellationsgerichtlichen Bescheides vom 13. Februar 1860.)

(Vgl. meine Abhandlung in der Gießener Zeitschr. N. F. Bd. 20 (1863).

Das Archiv für praktische Rechtswissenschaft von Dr. B. Emminghaus ꝛc. theilt im 9. Band S. 304—307 folgenden interessanten Rechtsfall mit, dessen Entscheidung hier einer näheren Analyse und kritischen Erörterung unterworfen werden soll:

„In einer gegen seinen Sohn B. erhobenen Klage trug A. vor: für verkaufte Grundstücke habe er Kaufgelder gezahlt bekommen. B. habe ihm gerathen, bei X. Papiere dafür zu kaufen, sich auch auf sein Erbieten mit ihm zu X. begeben, um die Sache für ihn zu besorgen. Dort habe er, unter Leitung der Verhandlungen durch B., 3 in der Klage näher bezeichnete Thüringische Eisenbahn-Prioritäts-Obligationen im Werth von 800 Thalern erkauft und das Kaufgeld dafür bezahlt. Diese Werthpapiere nebst den Zinscoupons, welche X. ihm ausgehändigt, habe er alsbald dem B. zur Aufbewahrung überlassen, welcher bemerkt habe, er verstehe es, wie man diese Papiere behandle. Er habe nun vor Kurzem die Aushändigung der Coupons vom 1. Juli bis 31. December 1858, und nach Verweigerung derselben Seitens des B. auch die Herausgabe der in dessen Besitz befindlichen Papiere selbst verlangt. Da aber B. die Herausgabe fortwährend hinterziehe, so werde zu erkennen gebeten, daß Beklagter schuldig sei, die fraglichen Obligationen sammt den dazu gehörigen Zinscoupons herauszugeben.

Der Beklagte läugnete in der Einlassungs- und Einredeschrift, die libellirten Papiere zur Aufbewahrung überkommen zu haben, und führte zugleich zur Erläuterung an, sein Vater habe ihm dieselben als frühzeitiges Erbe überlassen.

Das Gericht 1. Instanz ging nun von der Ansicht aus, es seien hier die depositi actio und die rei vindicatio miteinander cumulirt worden, und erblickte also in dem erläuternden Vorbringen des Beklagten der depositi actio gegenüber eine Negation, der mit jener Klage verbundenen rei vindicatio gegenüber eine Einrede. Demgemäß legte die erste Instanz (im Juni 1859) dem Kläger den Beweis des Grundes der Klage auf, und behielt dabei dem Beklagten den direkten sowohl, als den indirekten Gegenbeweis vor.

Auf Berufung des Beklagten ward in der 2. Instanz (Sept. 1859) ausgesprochen: es sei bei dem angefochtenen Bescheid insoweit, als bezüglich des erwähnten erläuterungsweisen Anführens auch auf den indirekten Gegenbeweis erkannt worden, nicht zu belassen, vielmehr nur auf den Beweis des geläugneten Klagegrundes unter Vorbehalt des direkten Gegenbeweises zu erkennen, — indem auf den Inhaber lautende Schuldurkunden ihrer Natur nach keiner dinglichen Klage unterworfen seien.

Dieses Beweisinterlokut wurde vom Jenenser O.-A.-G. bestättigt, die dagegen eingelegte Oberberufung des Klägers aus dem rein formalen Grunde verworfen, weil Kläger nicht durch den dispositiven, sondern bloß durch den motivirenden Theil des Erkenntnisses beschwert sei."

Ehe nun auf die Kritik der beiden Erkenntnisse und die Beantwortung der Frage nach der formellen und materiellen Zulässigkeit der Oberberufung eingegangen werden kann, muß vorerst die Frage nach der Natur der angestellten Klage und der dagegen vorgebrachten Vertheidigung erörtert werden. Also:

I.

Welche Klage ist hier als angestellt anzunehmen?

Offenbar wurde hier die depositi actio und nit die rei vindicatio angestellt. Denn Kläger gründet seine Klage einzig und allein auf die Thatsache, daß er die Papiere dem Gegner zur Aufbewahrung übergeben habe, wie er denn auch sein Sachgesuch nicht auf die Anerkennung seines Eigenthums an den Papieren, sondern bloß auf die Herausgabe derselben stellt.

Angenommen jedoch, die rei vindicatio könnte ebensogut als die depositi actio unserem Libell angepaßt werden, so frägt sich erst noch:

1) Ob die rei vindicatio anstellbar?
2) Ob es wirklich in der Intention des Klägers lag, beide Klagen zu cumuliren? — Und:
3) Ob die Häufung auch rechtlich zuläßig ist?! —

ad 1) Die erste Frage glaube ich mit dem Gericht 1. Instanz und gegen die Ansicht der 2ten bejahen zu müssen. Das Nähere hierüber s. unten ad 3. Seite 451 sq.

ad 2) Die zweite Frage muß ich aber gegen die Ansicht der 1. und 2. Instanz unbedingt verneinen, und zwar aus folgenden Gründen:

Die depositi actio und die rei vindicatio gehen beide auf denselben Zweck, daher ist die Häufung eigentlich unstatthaft, und es sollte eine Wahl getroffen werden. Bekanntlich wird aber dem Kläger erlaubt, auch electiv concurrirende Klagen in Verbindung zu bringen, nur ist diese dann natürlich keine copulative, sondern eine eventuelle, alternative oder subsidiäre Häufung. Das Gesuch bei derselben geht dahin, daß der Beklagte nach dem Klagegrund der einen oder doch wenigstens der andern Klage verurtheilt werde, und es besteht demnach die alternative Cumulation darin, daß Kläger mit seiner primären, auf ein Mehreres gerichteten Sachbitte zugleich eine eventuelle verbindet, die auf ein Wenigeres gerichtet ist.

Danz, gem. bürgerl. Prozeß §. 84.

Gensler Anleitung zur gerichtlichen Praxis Bd. II. S. 7 u. 8.

Bergmann Beiträge zur Civilprozeßpraxis S. 28 sq.

Puchta der Dienst der deutschen Justizämter Th. II. S. 87 sq.

Hieraus folgt nun, was übrigens schon das Wort „Klagenhäufung" sagt, daß, wenn die Häufung nicht ausdrücklich geschehen war und dennoch angenommen werden soll, aus dem Gesuch, oder doch aus der Geschichtserzählung hervorgehen muß, daß Kläger wirklich beide Klagen miteinander verbunden haben wolle.

In unserem Fall geht aber diese Absicht weder aus der Geschichtserzählung, noch aus dem medium concludendi, noch aus dem Gesuch hervor. Kläger hat nicht gesagt, daß er die rei vindicatio, eventuell die depositi actio, also beide Klagen zusammen anstelle, er hat aber ebensowenig gesagt, daß er als Eigenthümer, wenigstens als Deponent auftrete, und noch weniger, daß er bitte, den Beklagten zur Anerkennung seines

Eigenthums und in Folge davon zur Herausgabe der Papiere anzuhalten, oder doch zur Restitution (des Depositums) zu verurtheilen. Die subsidiäre Klagenhäufung ist eine Rechtswohlthat, Rechtswohlthaten werden aber nicht aufgedrungen, sondern müssen besonders nachgesucht werden. Da Letzteres im vorliegenden Fall nicht geschehen war, da auch nicht angenommen werden kann, daß es in der Intention des Klägers lag, die beiden Klagen zu verbinden, so wäre es in der That eine grobe Verletzung des Verhandlungsprincips, wenn der Richter ex officio die Häufung annehmen würde, bloß aus dem Grunde, weil beide Klagen auf unser Libell passen. —

ad 3) Aber angenommen, die Häufung dürfte im Interesse unseres Klägers doch supplirt werden, angenommen selbst, sie sei von demselben wirklich vollzogen worden, — so hätte sie ja nach dem Inhalt des Exceptionsvortrags gar keinen Zweck mehr, sie würde nicht nur dem Kläger keinen Nutzen mehr bringen, sondern sie hätte sogar eine völlig überflüssige Beweisauflage, also ein ganz und gar vergebliches Beweisinterlokut zur Folge. Da nämlich der Beklagte den historischen Grund der depositi actio widersprochen, jenen der Vindikation aber, d. h. den Besitz der Papiere, sowie die rechtmäßige Erwerbung durch den Kläger, zugegeben (s. unten Note 1), und dagegen die exceptio dominii opponirt hatte, so müßte bezüglich der depositi actio dem Kläger der Beweis des Depositums (s. II. nr. 2 a. E.), bezüglich der Vindikation aber dem Beklagten der Beweis des Eigenthums (der Ueberlassung der Papiere als frühzeitiges Erbe) aufgelegt werden (s. II. nr. 6). Und so erkannte denn auch die 1. Instanz. Augenscheinlich ist aber die Beweisauflage über das Depositum ganz irrelevant; denn wenn auch der Kläger diesen Beweis gar nicht antritt, so schadet ihm das nichts, und muß doch zu seinen Gunsten erkannt werden, wenn es dem Beklagten nicht gelingt, gegen die dann in den Vorgrund tretende Vindikation die exc. dominii nachzuweisen.

Dieß scheint auch die 2. Instanz gefühlt zu haben, wiewohl sie die Häufung beider Klagen aus einem andern Grunde, nämlich wegen der rechtlichen Unzulässigeit der Vindikation (s.

unten Abs. 4) verworfen hatte. Die ihrem Erkenntniß beigefügten Motive sagen nämlich:

„— — Hienach (d. h. nach dem Urtheil der 1. Instanz) würde aber Kläger, auch wenn er das behauptete Depositum nicht bewiese, als Eigenthümer die Herausgabe der libellirten Werthpapiere vom Beklagten fordern können, wenn dieser nicht den Beweis seiner Einrede zu führen vermöchte; was um so beschwerender für den Beklagten ist, da er diejenigen Klagebehauptungen, aus welchen des Klägers Eigenthum an den Papieren folgt, sowie, daß sich dieselben in seinem Besitz befinden, zugestanden hat, und folglich der Kläger gar nichts mehr zu beweisen hätte."

Also beschwerend für den Beklagten, sagt die 2. Instanz, ist das unterrichterliche Beweisinterlokut, weil Kläger den Prozeß gewinnen kann, ohne den ihm aufgelegten Beweis des Depositums geführt zu haben; — nicht aber sagt sie, daß folglich die dem Kläger gemachte Beweisauflage überflüssig und also das Interlokut selbst absurd sei, und noch weniger, daß hieraus die Unstatthaftigkeit der Klagenhäufung sich ergebe. Die Motive fahren dann fort:

„Es kann zwar dem Appellanten nicht beigepflichtet werden, wenn er behauptet, daß die Klage deßhalb als rei vindicatio aufgefaßt werden könne, weil das Klagegesuch nicht zunächst auf Anerkennung des klägerischen Eigenthums, sondern nur auf Herausgabe der libellirten Papiere gerichtet ist. Denn da das eigentliche praktische Ziel der Vindikation die Herausgabe der im klägerischen Eigenthum befindlichen Sache ist, und das anzuerkennende Eigenthum in der That nur den rechtlichen Grund der Herausgabe bildet; so kann auch das Gesuch sogleich auf Herausgabe der Sache gerichtet werden, ohne daß damit die Klage ihren Charakter als rei vindicatio verliert. Es hat aber diese Klage im vorliegenden Fall wegen des Objekt's, auf welches sie gerichtet ist, für statthaft nicht erachtet werden können, indem auf den Inhaber lautende Schuldurkunden, wie sie hier in Rede stehen, ihrer Natur nach weder der Eigenthumsklage, noch sonst einer dinglichen Klage unterworfen sind."

Also nicht wegen der unterlassenen Anstellung der rei vindicatio, nicht wegen der Unzulässigkeit der Cumulation, sondern wegen der rechtlichen Unstatthaftigkeit der Vindikation verwirft die 2. Instanz die Verbindung beider Klagen.

Allein die Vindikabilität von Inhaberpapieren unterliegt nach den Grundsätzen des röm. Sachenrechts keinem Zweifel, indem ein Werthpapier der fraglichen Art als ein körperlicher

Gegenstand sich darstellt, an welchem ein vom Besitz getrenntes Eigenthum möglich ist. Dazu kömmt, daß jede Obligation numerirt und also genügend individualisirt ist, um nicht als vertretbare Sache zu gelten und die Stelle von Geld oder Banknoten zu vertreten. Man hat zwar vielfach die gegentheilige Ansicht aufgestellt und aus der Eigenschaft eines Inhaberpapieres herzuleiten versucht; auch fehlt es nicht an Präjudizien aus neuerer Zeit, welche die Vindikabilität verneint haben. Allein die Bildung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts, durch welches jene Vindikabilität ausgeschlossen wäre, kann gewiß nicht angenommen werden, denn es fehlt ebensowenig an Entscheidungen der obersten Gerichte, durch welche die entgegengesetzte Ansicht als die richtige anerkannt wurde.

Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 5. nr. 4 u. nr. 252. Bd. 7. nr. 152, Bd. 9. nr. 206 u. 331, Bd. 13. nr. 56.

Die Doktrin der neuesten Zeit hat denn auch das Princip der unbeschränkten Vindikabilität zur allgemeinen Geltung gebracht.

Vgl. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 160.
a. E. Beseler, System des gem. d. Priv.-R. Bd. 3. §. 225. VI.
v. Döring, in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht. Bd. 2. Heft 4. Abhdl. 10.

Es ist demnach im vorliegenden Fall die rei vindicatio so gut zulässig, wie die depositi actio, allein sie wurde vom Kläger eben nicht angestellt.

II. Kritik des erstrichterlichen Erkenntnisses.

Nach den Mittheilungen des Archivs legte die 1. Instanz dem Kläger den Beweis des Klagegrundes auf und behielt dem Beklagten den direkten sowohl als indirekten Gegenbeweis vor. Wenn wir dieses Beweisurtheil im Zusammenhalte mit seinen Motiven spezialisiren, so lautet es folgendermaßen:

„Kläger habe binnen 30 Tagen zerstörl. Frist zu beweisen, entweder, daß er dem Beklagten die fraglichen Papiere zur Aufbewahrung übergeben, salva reprobatione directa,[1]) oder daß er

[1]) Der Besitz der Papiere ist ausdrücklich, der rechtmäßige Erwerb derselben durch den Kläger stillschweigend zugestanden; denn wenn Beklagter behauptet, Kläger habe ihm dieselben als frühzeitiges Erbe, also eigen-

sie durch Kauf und Tradition 2c. 2c. eigenthümlich erworben habe, salva reprobatione directa. Eventuell habe Beklagter letzternfalls binnen derselben Frist darzuthun, daß ihn Kläger zum Eigenthümer dieser Papiere gemacht habe, salva reprobatione directa."

Meines Erachtens sind nun an diesem Erkenntniß folgende Ausstellungen zu machen. Einmal ist:

1) Nicht bloß die depositi actio, sondern auch die rei vindicatio als angestellt angenommen, und daher dem Gegner der indirekte Gegenbeweis der exc. dominii vorbehalten worden, obgleich Kläger bloß mit der depositi actio aufgetreten war. Sodann ist:

2) das Thema des Klagsbeweises nicht spezialisirt worden, was hier um so wichtiger gewesen wäre, als einmal das Untergericht die Häufung zweier Klagen angenommen und also 2 verschiedene Beweisthema's zu formuliren gewesen wären, und außerdem die Antwort des Beklagten der depositi actio gegenüber ein qualifizirtes Geständniß enthält. (Der Beklagte gibt zwar den Empfang der Obligationen zu, widerspricht aber, dieselben als depositum erhalten zu haben, und wendet ein, sie seien ihm als frühzeitiges Erbe hinterlassen worden. Nach meinem Dafürhalten darf nämlich nicht der eingestandene, sondern bloß der widersprochene Theil des Klaggrundes, also nicht der ganze Klaggrund zum Beweis ausgesetzt werden.

Vgl. die VII. Abhandl. §. 4 Seite 157.)

Hieraus folgt dann:

3) Daß der Beweissatz für die depositi actio zu weit gegriffen ist, weil das Untergericht dem Kläger „den Beweis des Klagegrundes" aufgelegt hatte, und nicht des widersprochenen Klaggrundes. Weiter ist:

4) Auch das Thema des Einredebeweises nicht spezialisirt worden. Dazu kommt:

5) Daß der indirekte Gegenbeweis (d.h. der Einredebeweis) vorbehalten wurde, während er doch im Interesse der Eventualmaxime gleichzeitig mit dem Hauptbeweis aufgelegt werden soll.

v. Bayer, 8. Aufl., S. 931.

---

thümlich überlassen, so muß er doch den Kläger für den Eigenthümer halten, weil er ihm sonst unmöglich das Eigenthum hätte übertragen können! —

Endlich:

6) Ist dem Kläger ein Thatumstand — der eigenthümliche Erwerb der Papiere — zum Beweis ausgesetzt,[2]) den der Beklagte zwar nicht explicite, aber doch implicite eingeräumt hatte. Wenn Letzterer in der Exception behauptete, sein Vater, der Kläger, habe ihm fragliche Papiere als frühzeitiges Erbe hinterlassen, so gestand er hiemit zu, daß Kläger Eigenthümer der Papiere gewesen. Die Beweisauflage über den eigenthümlichen Erwerb derselben war daher überflüssig und beeinträchtigte den Kläger. —

Aus dem Gesagten ergibt sich also, nach wie vielen Beziehungen das erstrichterliche Urtheil fehlerhaft ist. Seine 2 Hauptgebrechen bestehen aber darin, daß es die Anstellung der rei vindicatio angenommen und dem Kläger Beweis hierüber aufgelegt hatte. —

III. Kritik des oberstrichterlichen Bescheides.

Obgleich nun das erstinstanzliche Urtheil beide Theile beschwerte, den Kläger aber mehr als den Beklagten, so ergriff doch bloß der letztere dagegen die Berufung. In Folge davon wurde denn auch das mehrerwähnte Beweisinterlokut von der 2. Instanz mit Recht reformirt. Es wurde nämlich von der Annahme der rei vindicatio abgegangen, und folglich der Vorbehalt des indirekten Gegenbeweises gestrichen und demgemäß erkannt, es habe Kläger den Beweis des widersprochenen Klagegrundes (d. i. der Hingabe der Papiere zur Aufbewahrung) anzutreten, salva reprobatione directa.

Durch dieses Urtheil 2. Instanz, so richtig es auch ist, fühlte sich nun der Kläger beschwert, weil seine Eigenthumsklage keine Berücksichtigung fand. (Angenommen, diese

---

[2]) Wenn hier die rei vindicatio angestellt wurde (was ich bestreite), so muß Kläger natürlich den Eigenthumserwerb darthun, wenn ihn Beklagter widerspricht. Da nun unser B auf die Behauptung des A, er sei Eigenthümer der Papiere, keine Antwort gegeben, dagegen in Widerspruch mit den Klagsasserten eingewendet hatte, durch die Uebergabe der Papiere selbst Eigenthümer geworden zu sein, — so hat die 1. Instanz den eigenthümlichen Erwerb der Papiere als widersprochen angenommen, und solchen dem Kläger, eventuell aber dem Beklagten die exceptio dominii zum Beweis aufgegeben.

Beschwerde sei begründet [was bekanntlich nicht der Fall ist], so hätte er auch aus dem Grunde appelliren können und sollen, weil die 1. Instanz ihm den Beweis des Eigenthums aufgelegt hatte, welches er (Kläger) doch eingeräumt hatte. Auffälligerweise wurde aber dieser Fehler des 1. Urtheils vom Kläger nicht gerügt.)

Das Landes-O.-A.-G. bestätigte indessen das angefochtene Urtheil (und mit Recht), verwarf jedoch die Oberberufung aus dem rein formellen Grunde, weil Kläger nicht durch den dispositiven, sondern bloß durch den motivirenden Theil des Erkenntnisses beschwert sei.

So richtig nun die Bestätigung des 2. Urtheils durch das O.-A.-G. ist, so sehr muß ich mich gegen dessen Gründe verwahren. Hören wir den Wortlaut derselben

Gegen das Erkenntniß 2. Instanz ergriff Kläger die Oberberufung, weil seine Vindikation verworfen wurde; — aber ohne Erfolg, das angefochtene Urtheil wurde vom Landes-O.-A.-G. durchgängig bestätigt, und zwar aus folgenden Gründen (Archiv S. 306 u. 307.):

„Der Kläger und Ober-Appellant findet sich durch das vorige Erkenntniß beschwert, weil dasselbe dem Beklagten wegen der (von diesem zur Erläuterung seiner Einlassung) aufgestellten Behauptung, daß ihm die 3 Eisenbahn-Obligationen, auf deren Zurückgabe die Klage gegen ihn gerichtet ist, nicht zur Aufbewahrung sondern als frühzeitiges Erbtheil vom Kläger gegeben worden seien, **nur den direkten, nicht aber zugleich — wie im erstinstanzlichen Bescheid ausgesprochen wurde — den indirekten Gegenbeweis gestattet und vorbehalten hat.**

Selbstverständlich kann aber an sich hieraus, daß wegen eines von dem Beklagten angeführten Thatumstandes der indirekte Gegenbeweis abgeschnitten wird, der Gegenpartei ein Gewinnen nicht erwachsen.

Dennoch leitet auch im vorliegenden Fall der Kläger den Beschwerdegrund daraus her, daß der Anerkennung des direkten Gegenbeweises die richterliche Ansicht zu Grunde liege, daß die erhobene Klage,— was allerdings in den Entscheidungsgründen des zweitinstanzlichen Erkenntnisses auch geradezu gesagt worden ist — nicht zugleich als rei vindicatio, sondern nur als actio depositi zu erachten sei.

Allein auch hienach folgt nicht, daß die angefochtene Sentenz den Kläger wirklich gravire.

Denn jene Ansicht, so unzweideutig sie auch in der gedachten Stelle ausgesprochen worden ist, ist nur in den Gründen, und allda nur zur Motivirung der Abschneidung des indirekten Gegenbeweises, nicht aber zur Begründung einer Entscheidung über die Art der Zulässigkeit der Klage kund gegeben worden.

Ferner ist in den Decisivworten des zweitinstanzlichen Erkenntnisses selbst keineswegs ausgesprochen, daß die vorliegende Klage nur als actio depositi anzusehen sei, vielmehr fehlt es dafür, daß eine solche Entscheidung mit diesem Erkenntniß gegeben werden sollte, im tenor sententiae durchaus an jedem Anhaltspunkte, wie denn auch über das Wesen und die Bedeutung des Libells im ersten Verfahren gar nicht verhandelt oder gestritten worden ist.

Wenn aber Deduktionen, die in den Entscheidungsgründen nur beiläufig über andere, im Erkenntniß selbst — in dessen Decisivworten — gar nicht berührte Momente gegeben worden sind, in keinem Fall — eben deßhalb, weil etwas auf sie Bezügliches im Erkenntniß selbst nicht enthalten ist — Anspruch darauf haben, je für rechtskräftig zu gelten; so haben Deduktionen über jene Ansicht des zweitinstanzlichen Richters in den von ihm gegebenen Gründen für den obschwebenden Prozeß durchaus keinen Effekt. Es bleibt demnach die Frage, ob die erhobene Klage zugleich als rei vindicatio zu erachten sei, oder nicht, für das künftige Definitivurtheil völlig offen, und kann somit dem Kläger, weil sein vermeintliches Recht, seine Klage auch als Vindikation betrachtet zu sehen, durch die vorige Entscheidung nicht tangirt und nicht verletzt worden ist, also wegen Mangels einer Beschwerde ein Rechtsmittel gegen die vom vorigen Richter ausgesprochene Abschneidung des Gegenbeweises in Betreff jener oben mehr besprochenen Behauptung nicht zustehen. (Erkenntniß des O.=A.=G. zu Jena vom 13. Februar 1860 in causa Friedr. Röckler d. Aelt. gegen Friedr. Röckler d. Jüng.)"

Es soll nun untersucht werden, ob die oberstrichterliche Bestättigung des Urtheils 2. Instanz mit Recht geschehen war? — Meines Erachtens war die Oberberufung formell sowohl als materiell vollkommen unbegründet. Das Jenenser O.=A.=G. hat auch dieselbe verworfen, aber, ohne auf ihre innere Begründung einzugehen, aus einem rein formalen Grunde verworfen, weil nämlich der gravirliche Punkt gar nicht die Rechts=

kraft beschreiten könne.[3]) Dieser formale Grund war die Ursache der Aufnahme des Rechtsfalls in's Archiv, und wurde der betreffenden Mittheilung als Ueberschrift mit den Worten vorgesetzt:

„In den Entscheidungsgründen enthaltene Ausführungen über im Erkenntniß selbst nicht berührte Punkte sind der Rechtskraft nicht fähig."

Gegen das argumentum e contrario aus diesem Satz ließe sich einwenden, daß die Entscheidungsgründe überhaupt nicht rechtskräftig werden, wenn sie auch mit dem Urtheilstenor innig zusammenhängen, daß sie vielmehr nichts weiter als Interpretationsmittel sind,

v. Bayer, S. 439.

Busch, im Archiv für civ. Praxis, Band 45. S. 287 sq., und daß man daher höchstens sagen könne, daß sie an der Rechtskraft des Urtheils participiren.

Savigny, System Band 6. S. 350 sq.

v. Bayer, S. 440.

Doch abstrahiren wir davon, und untersuchen wir bloß, ob der an sich und im Allgemeinen richtige Satz, daß Ausführungen über im Erkenntniß selbst nicht berührte Punkte in keinem Fall an der Rechtskraft des Urtheils participiren können (v. Bayer, S. 438. nr. 6. u. A.), auf unsern Fall passe, d. h. ob wirklich aus diesem Grund die Oberberufung zu verwerfen, das zweitinstanzliche Urtheil zu bestätigen war. Und diese Frage muß unbedingt verneint werden.

Allerdings ist das Urtheil als solches der Rechtskraft fähig, nicht aber sind es auch die Urtheilsgründe, und noch weniger sind es solche Ausführungen, die mit dem Urtheil selbst in keiner logischen Verbindung stehen. Allein der Unterschied zwischen dem Urtheil und seinen Motiven ist nicht nach

[3]) Im conträren Sinn erkannte dasselbe Jenenser O.-A.-G. 1851 in einem völlig analogen Fall, welchen Busch im neuesten Heft des Archivs für civil. Praxis, Bd. 45. S. 299 mittheilt. S. unten Note 5.

der Rubrik, d. h. nach der bloß formellen und zufälligen Abtheilung, sondern nach dem innern Gehalt zu bestimmen.

v. Bayer 8. Aufl. S. 435—36.

Zum Urtheilstenor ist aber demnach alles Dasjenige zu zählen, wodurch ein im vorausgegangenen Verfahren bestrittener Hauptpunkt entschieden wird, es mag nun in dem Abschnitt stehen, der die Ueberschrift: „Erkenntniß" führt, oder unter dem Titel: „Entscheidungsgründe."

v. Bayer, 7. Aufl. S. 256.

Brinkmann, über die richterlichen Urtheilsgründe. Kiel, 1826, S. 82 sq.

Zum dispositiven Theil gehört daher insbesondere auch die Entscheidung über die Zulässigkeit einer von mehreren Klagen oder Einreden.

Heise und Cropp, jur. Abhandl. II. S. 335.
v. Bayer, 8. Aufl. S. 437a. (S. die Note 3.)

Nun sagt das Jenenser O.-A.-G. freilich:

a) Ueber das Wesen und die Bedeutung des Libells sei im ersten Verfahren gar nicht verhandelt, resp. gar nicht gestritten worden.
b) Die Entscheidung über die Natur der angestellten Klage, nämlich über die Annahme der depositi actio und die Verwerfung der rei vindicatio, komme nur in den Gründen, nicht im Tenor der Sentenz selbst vor.
c) Im Tenor fehle es sogar an jedem Anhaltspunkt für die Ansicht, daß die erhobene Klage bloß als depositi actio, nicht als rei vindicatio zu betrachten sei. Etwas hierauf Bezügliches sei im Erkenntniß schlechterdings nicht enthalten.

Endlich:

d) Nur zur Motivirung der Abschneidung des indirekten Gegenbeweises, nicht aber zur Begründung einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage sei jene Ansicht (s. lit. c.) kund gegeben worden.

Allein alle diese Sätze scheinen mir ohne Ausnahme unrichtig zu sein.

1) Das Untergericht, indem es auf Beweis des Klagegrundes erkannt, und dem Beklagten den direkten sowohl als indirekten Gegenbeweis vorbehalten hatte, ging von der Ansicht aus, in dem Libell seien die depositi actio und rei vindicatio miteinander cumulirt worden und diese Häufung sei zulässig. (S. oben.)

Die 2. Instanz, indem sie den Vorbehalt des indirekten Gegenbeweises aufhob, und bloß jenen des direkten stehen ließ, ging von der entgegengesetzten Meinung aus, daß jene Cumulation unstatthaft, weil die Contraktsklage allein zuläßig, die Vindikation aber wegen des Streitobjects unmöglich sei.

Die 2. Instanz änderte also das unterrichtliche Urtheil über die Vindikation ab; das Untergericht hatte diese Klage zugelassen, das Obergericht hatte sie verworfen.

Da nun die Entscheidung über die Zuläßigkeit einer von mehreren Klagen, sie mag vorkommen, wo sie will, jedenfalls in den Tenor gehört, so muß sie auch die Rechtskraft beschreiten.[4]) Das O.-A.-G. hat daher Unrecht, wenn es das Gegentheil behauptet, weil die Verwerfung der Vindikation nur in den Gründen, nicht in den Decisivworten des zweitinstanzlichen Erkenntnisses ausgesprochen sei (s. oben lit. b.) Denn die Verwerfung der rei vindicatio kömmt zwar:

α) Unter den Motiven vor, gehört aber, wie oben nachgewiesen wurde, zum dispositiven Theil des Erkenntnisses. Ueberdieß ist sie:

β) Nicht bloß in den Motiven, sondern im Tenor selbst enthalten, nur mit andern Worten, denn es heißt im Urtheil 2. Instanz, es sei bei dem angefochtenen Be-

---

[4]) Heise und Cropp lehren in den jur. Abhandl. II. S. 335:
„Man muß einen Unterschied machen zwischen eigentlichen Entscheidungsgründen, und den einzelnen im Urtheil steckenden Unterentscheidungen, aus denen die Hauptentscheidung sich von selbst bildet. Denn jedes Urtheil besteht in der Regel aus mehreren Decisis. Es ist darin zu entscheiden, ob die Klage, und wenn ja, ob die Einreden, und welche von ihnen begründet und bewiesen sind. Und das Erkenntniß selbst ist eigentlich nur der formelle Ausspruch dessen, was materiell bereits in jenen Decisis enthalten ist. Verschieden von diesen Unterentscheidungen sind dann die Entscheidungsgründe ꝛc."

scheid bezüglich des indirekten Gegenbeweises nicht zu belassen, vielmehr nur auf den Beweis des geläugneten Klagegrundes unter Vorbehalt des direkten Gegenbeweises zu erkennen. Die Abschneidung des Einredebeweises setzt ja die Verwerfung der rei vindicatio voraus, die erste folgt nothwendig und selbstverständlich aus der zweiten, und es hat folglich das O.-A.-G. Unrecht, wenn es sagt, nur in den Gründen sei jene Ansicht kundgegeben worden, keineswegs aber in den Decisivworten selbst (lit. b. oben). Jedenfalls irrt es aber:

γ) Wenn es weiter bemerkt, „im tenor sententiae fehle es durchaus an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die Klage nur als depositi actio anzusehen sei, und daß eine solche Entscheidung mit diesem Erkentniß gegeben werden sollte." (S. dagegen lit. c. oben.) Die Abschneidung des Einredebeweises ist doch jedenfalls ein Anhaltspunkt für die Verwerfung der Vindikation, wenn sie auch nicht identisch mit letzterer ist, — denn beide verhalten sich ja wie Ursache und Wirkung! —

Ja es ist das O.-A.-G.:

δ) Sogar in Widerspruch mit sich selbst; denn die Abschneidung des indirekten Gegenbeweises kömmt im Urtheilstenor vor (s. oben), und ist, wie das O.-A.-G. selbst sagt, durch die richterliche Ansicht über die Natur der erhobenen Klage motivirt (vgl. S. 459 lit. d. und das Archiv S. 306 Abs. 7). Wie kann nun das O.-A.-G. gleich darauf (s. oben S. 459 lit. c, und das Archiv S. 306 a. E. und S. 307) bemerken, daß die Deduktion über die Natur der Klage Momente betreffe, die im tenor sententiae gar nicht berührt seien?! (S. auch die Ueberschrift im Archiv S. 304). — Wie mag es aber gar behaupten, die Ansicht der 2. Instanz über Annahme der depositi actio und Verwerfung der rei vindicatio sei bloß zur Motivirung der Abschneidung des indirekten Gegenbeweises, nicht aber zur Begründung einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage kundgegeben worden?! (S. oben lit. d.) Die An-

nahme der depositi actio und die Verwerfung der Vindikation ist ja die Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage, kann also nicht zu ihrer Begründung dienen! —

Endlich:

ε) Hat das O.-A.-G. auch noch darin Unrecht, daß es schließlich beifügt, über Wesen und Bedeutung des Libells sei im ersten Verfahren gar nicht verhandelt und gestritten worden (vgl. S. 459 lit. a.) Der reformatorische Bescheid 2. Instanz wurde ja auf eingelegte Berufung des Beklagten erlassen, es ist somit über Wesen und Bedeutung des Libells allerdings gestritten worden, zwar nicht im Schriftenwechsel der 1. Instanz, — weil die Häufung der Klagen, resp. die Wahl der Vindikation nicht ausdrücklich geschehen, vom Beklagten daher nicht angenommen und also auch nicht beanstandet wurde, — wohl aber im Schriftenwechsel der Berufungsinstanz, d. h. in den Appellationsprozessen, weil das erste Urtheil die Häufung beider Klagen im Interesse des Klägers angenommen, der Beklagte die Zulässigkeii der Vindikation widersprochen, und deßhalb appellirt, die 2. Instanz aber durch Abänderung des Urtheils ihm Recht gegeben, und Kläger schließlich die Oberberufung ergriffen hatte. —

Hiemit dürften die vom O.-A.-G. für Verwerfung der Oberberufung beigebrachten Gründe hinreichend widerlegt sein.

2) Die Unrichtigkeit der oberstrichterlichen Anschauung und Motivirung läßt sich aber noch auf einem andern Weg darstellen.

Es läßt sich nämlich nachweisen, daß die Verwerfung der Vindikation nicht bloß zum Urtheilstenor g e h ö r t, resp. folgerungsweise sich daraus ergibt, sondern daß sie e i n i n t e g r i r e n d e r, w e n n g l e i c h n i c h t s i c h t b a r e r B e s t a n d t h e i l d e s U r t h e i l s t e n o r s i s t, und zwar auch dann ist, wenn die Abschneidung des Einredebeweises bloß in den Motiven vorkömmt, das Urtheil 2. Instanz also einfach lautete: „Habe Kläger den Grund der depositi actio zu beweisen, salva reprobatione directa.“

Das erste Urtheil, insbesondere das Beweisinterlokut entscheidet nicht bloß über die Frage der Beweislast und des Beweissatzes, sondern auch — wenn gleich nur implicite und tacite — über rechtliche Begründung, Substanzirung und Liquidität der verschiedenen Angriffe und Gegenangriffe.

Vgl. Plank, Lehre vom Beweisurtheil, S. 272.

In unserem Fall wurde in 1. Instanz über die exc. dominii dem Beklagten Beweis aufgelegt, es wurde also in dem betreffenden Urtheil die rei vindicatio nicht bloß für rechtlich und faktisch begründet (substanzirt), sondern auch für bereits liquid, nämlich ihr Fundament für eingestanden gehalten, und gewiß mit Recht. Da nun die 2. Instanz die Auflage des Einredebeweises gestrichen hatte, ohne über die Vindikation Beweis aufzulegen, ohne aber auch den Beklagten zu verurtheilen, denn sie beließ es ja beim Beweis der depositi actio, — so hat sie damit im Tenor selbst ganz unzweideutig, wenn gleich nur stillschweigend zu erkennen gegeben, daß sie die rei vindicatio als unzulässig, und zwar — wie aus den Motiven hervorgeht — als rechtlich unzulässig verwerfe. Sie hat somit über die rechtliche Zulässigkeit der Klage verneinend entschieden, und diese Entscheidung, wenn sie gleich ausdrücklich ausgesprochen nur in den Motiven vorkömmt, ist doch tacite et implicite ebensogut im Tenor enthalten. Daß aber die Verwerfung der Vindikation nicht expressis verbis im Urtheilstenor vorkömmt und in Folge davon der Beklagte von jener Klage entbunden wurde, hat seinen Grund bloß darin, weil noch nicht definitive gesprochen werden konnte, indem die 2. Instanz die Klage als depositi actio aufrecht erhielt und es bei dem hierüber vom Untergericht aufgelegten Beweis belassen hatte. Nichtsdestoweniger enthält das Urtheil 2. Instanz bereits die Endsentenz über die Vindikation, nämlich die Entbindung des Beklagten von derselben, also ihre Verwerfung. Ist aber das der Fall, so beschreitet letztere die Rechtskraft, wenn nicht intra fatale gegen das zweitinstanzliche Beweisinterlokut appellirt wird, und es kann also der das Endurtheil fällende Richter unmöglich von

der depositi actio mehr abgehen und statt ihrer die Vindikation als angestellt annehmen, ohne die Grundsätze von der Rechtskraft des Beweisinterlokut's auf's Gröbste zu verletzen.[5])

Das O.-A.-G. hat daher Unrecht, wenn es schließlich sagt (Archiv S. 307):

„Es bleibt demnach die Frage, ob die erhobene Klage zugleich als rei vindicatio zu erachten sei, für das zukünftige Definitivurtheil völlig offen, und kann somit der Kläger durch

---

[5]) Zum selben Resultat gelangen wir übrigens, wenn wir mit Busch im neuesten Heft des

Archivs f. civ. Praxis, Bd. 45. S. 287 sq.

annehmen, daß die Verwerfung einer von mehreren Klagen nicht zum Urtheilstenor gehört, sondern zu den sogenannten objektiven oder realen Entscheidungsgründen, daß aber alle Entscheidungsgründe, auch die objektiven, lediglich Interpretationsmittel sind, und daher niemals die Rechtskraft beschreiten können.

Sagt nämlich der Richter im Tenor des Urtheils — wie in unserem Fall nach der oberstrichterlichen Anschauung die 2. Instanz —, daß die angestellte Klage zu Recht bestehe und Kläger den Grund derselben zu beweisen habe, — aus den Motiven geht aber hervor, daß die Klage nicht als R. V., sondern bloß als depositi actio zu Recht bestehe, als V. folglich zu verwerfen sei, so ist es, wie Busch S. 299 an einem analogen und noch dazu vom Jenenser O.-A.-G. im J. 1857 entschiedenen Fall zeigt, vollkommen gleich, ob man, wie bisher geschehen und wie jenes O.-A.-G. angenommen hat, jene Gründe, weil sie als Bestandtheile der Entscheidung selbst anzusehen sind, rechtskräftig werden läßt, oder ob man mit Busch (a. a. O.) den Gründen bloß eine vis interpretativa vindicirt und demgemäß wegen ihrer erläuternden Kraft, nicht wegen ihrer Rechtskraft die generellen Decisivworte „die Klage besteht zu Recht und habe Kläger den Grund derselben zu beweisen" dahin restrictive interpretirt: daß dieselbe nach der aus den Gründen erkennbaren Absicht des Richters nur als dep. actio zuzulassen sei. Denn ist der Tenor des zweitinstanzlichen Urtheils im besagten Sinn beschränkend zu interpretiren, so bleibt die Frage: „ob die erhobene Klage zugleich als R. V. zu erachten sei oder nicht", für das künftige Definitivurtheil durchaus nicht offen, wie das O.-A.-G. im vorliegenden, im Jahre 1860 entschiedenen Fall gesagt hat, es gravirt somit das zweitinstanzliche Beweisinterlokut den Kläger, er hat folglich ein Rechtsmittel gegen dasselbe, um seine Klage als R. V. anerkannt zu sehen, und es stürzen sonach die für die conträre Ansicht vom O.-A.-G. beigebrachten Deduktionen und daraus sich ergebende Consequenzen von selbst zusammen. —

die vorige Entscheidung nicht verletzt worden sein und ihm also wegen Mangels einer Beschwerde kein Rechtsmittel zustehen."

Consequent, d. h. den oberstrichterlichen Vordersätzen entsprechend, ist diese Schlußbemerkung freilich; da aber die Prämissen falsch sind, so muß es auch der daraus abgeleitete Schlußsatz sein. —

3) Doch betrachten wir schließlich die weiteren Folgen dieser oberstrichterlichen Ansicht, und machen wir so zu sagen, die Probe der Rechnung. — Jene Consequenzen verstoßen einmal gegen die Rechtskraft des Beweisinterlokuts, sie zeigen aber zugleich, daß Kläger nicht durch die Motive, sondern durch den Urtheilstenor selbst gravirt ist. Dieselben bestehen nämlich darin, daß der Richter, welcher nach durchgeführtem Beweisverfahren das Endurtheil zu fällen hat, und der Ansicht ist, daß die Klage nicht als depositi actio, sondern als rei vindicatio zu betrachten sei, in dem Fall außer Stande ist, definitive zu sprechen, wenn dem Kläger der auferlegte Beweis des Depositums und dem Beklagten der direkte Gegenbeweis seines Eigenthums mißlungen war. Der Richter kann hier: a) Ungeachtet des mißlungenen Klagsbeweises, den Beklagten nicht lossprechen; er kann ihn aber: b) Ebensowenig verurtheilen, vielmehr muß er: c) Auf andern Beweis sprechen.

ad a. Nach durchgeführtem Beweisverfahren hat der das Endurtheil fällende Richter bloß zu fragen: ist der auferlegte und angetretene Beweis hergestellt, oder nicht? — Nach dem Ergebniß dieser Prüfung und bloß darnach hat er das Endurtheil abzufassen, wenn er gleich überzeugt ist, daß die Beweisauflage überflüssig, irrelevant, überladen, unvollständig, oder zu eng gewesen.

Plank, a. a. O. S. 301.

Unter der sub 3 (Satz 2) gemachten Voraussetzung konnte Kläger den ihm aufgegebenen Beweis des Depositums nicht herstellen. Es sollte folglich der Beklagte losgesprochen werden, wenn gleich der Richter überzeugt ist, daß jene Beweisauflage überflüssig ist. Hat aber der Richter in der Bestimmung der Klage freie Hand, wie das O.-A.-G. meint, und nimmt er statt der depositi

actio die rei vindicatio als angestellt an, so kann er den Beklagten unmöglich absolviren, denn der historische Grund der Vindikation ist ja vollständig eingeräumt, nämlich der klägerische rechtmäßige Erwerb und der beklagtische Besitz der Papiere. Der auferlegte Klagsbeweis erscheint daher als völlig irrelevant. Kann aber der Richter aus dem angeführten Grund den Beklagten nicht absolviren, obwohl der Klagsbeweis mißlungen war, so verstößt er gegen den Grundsatz, daß das Beweisinterlokut die unabänderliche Richtschnur für alle folgenden Urtheile, insbesondere für das Endurtheil sein soll! —

ad b u. c. Der Richter kann also den Beklagten unmöglich lossprechen, er kann ihn aber ebensowenig verurtheilen, wenn er statt der depositi actio die Vindikation als angestellt annimmt. Denn der Beklagte hat ja (der Vindikation gegenüber) die exc. dominii opponirt, er hat eingewendet, Kläger habe ihn durch die Einhändigung der Papiere selbst zum Eigenthümer derselben gemacht, der Richter kann ihn daher nicht verurtheilen, ohne ihm vorher den Beweis des behaupteten Eigenthums aufzugeben. Zwar hatte Beklagter Gelegenheit, diesen Beweis als künstlichen direkten Gegenbeweis wider die depositi actio einzubringen. Allein der direkte Gegenbeweis ist nur dann nothwendig, wenn der Hauptbeweis gelungen war. Da aber letztrer ex hypothesi mißlungen ist, so kann dem Beklagten aus dem Nichtantritt seines Gegenbeweises in keinem Fall ein Nachtheil erwachsen. Aber selbst das Mißlingen jenes Gegenbeweises kann ihm nicht präjudiziren, da ja der Gegenbeweis bloß vorbehalten, nicht auferlegt wurde. Es muß daher der Beweis der exceptio dominii, der früher unter dem Vorbehalt des direkten Gegenbeweises bloß inbegriffen war, nunmehr nachträglich als wahrer Hauptbeweis aufgelegt werden. Muß aber nach durchgeführtem Beweisverfahren anstatt definitive, auf ander'n Beweis gesprochen und somit das frühere Beweisinterlokut abgeändert werden, so begeht der Richter den schon besprochenen Verstoß gegen die Rechtskraft des Beweisinterlokuts (s. ad a a. E.), und es ist zugleich nachgewiesen, daß nicht bloß der motivirende Theil des zweitinstanzlichen Beweisurtheils, wie das O.-A.-G. meint, sondern

auch der dispositive Theil desselben für den Kläger gravirend war; — denn wie ließe sich sonst eine Abänderung des Beweisinterlokuts, ein Erkenntniß auf andern Beweis rechtfertigen?! —

Hiermit glaube ich dargethan zu haben, daß die Frage nach der Natur der Klage für das künftige Definitivurtheil nicht offen bleiben kann, daß somit der Kläger durch die Entscheidung der 2. Instanz allerdings verletzt wurde, und daß er deßhalb das Rechtsmittel der Oberberufung ergreifen kann, welches daher, obwohl materiell unbegründet, doch formell vollkommen zulässig erscheint. Lauter Sätze, gegen welche sich das Jenenser O.-A.-G. ausgesprochen hat.

Druck von E. Stahl.

Bolgiano, Carl

Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Civilprozesses

München 1869